القاضي لا يصانع ولا يضارع
ولا يتبع المطامع

عمر بن الخطاب



فقه . وقضاء . وقانون

بقلم المحدّث العلّامة
أحمد محمد شاكر

مكتبة ابن تيمية
لطباعة ونشر الكتب السلفية

الطبعة الأولى — ١٣٦٠

الطبعة الثانية — ١٤٠٧

رقم الإيداع بدار الكتب

٥٢٣٤ \ ٨٦

مكتبة ابن تيمية
لطباعة ونشر الكتب السلفية
٧ شارع ابراهيم زايد متفرع من عثمان محرم
طالبية - هرم - ت: ٥٣٤٢٦٧

بسم الله الرحمن الرحيم

بدا لى أن أجمع هذه الأحكام ، لما فيها — أو فى بعضها — من طرافة فى البحث ، أو جِدَّةٍ فى الرّأى ، أو صراحةٍ فى القول . ولا أزعم أنَّ ما قلتُ فيها صوابٌ كلُّه ، فما يكونُ هذا لأحدٍ من الناس ، حاشا الأنبياء . بل أثِقُ أنى لم أكتب إلّا ما اقتنع به عقلى ، واطمأنّ إليه قلبى ، بعد أن تحريتُ الصوابَ من طريقه ، وقلَّبتُ وجوهَ النظر فى الأدلة ومقدماتها ونتائجها .

وستجد بعضَ الأحكام قد خالفنى فيها غيرى ، فلم أرَ بأساً من ذكر رأيه والتعقيب عليه بما يوضح وجهة نظرى ، إقرارًا للحق فى نصابه ، لا حبًّا فى الجدل ، ولا عصبيةً لما أرى ، ولكنى كما أحترم رأى غيرى أحترم رأى نفسى ، فلا أنزل عن يقين اعتقدتُه ، ورأى اعتنقتُه ، إلا للحجة ، القاطعة ، والبرهان الساطع . وليس علينا إلّا أن نَبْذُلَ الجهد ، ونُحْسِنَ النظر ، ونُخْلِصَ النيـة ، ثم التوفيقُ إلى الحقّ من الله وحدَه .

وأسأله سبحانه الهُدَى والسداد ، والعصمة والتوفيق .

صباح الجمعة ٢٣ جمادى الثانية سنة ١٣٦٠
١٨ يوليو سنة ١٩٤١

وكتب
احمد محمد شاكر
عفا الله عنه

١ — حكم

المحاكم الشرعية محاكم أصلية ليست استثنائية وأحكامها تحوز قوة الشيء المحكوم فيه

المجالس الملية وقوة قراراتها

تنازع الاختصاص بين المحاكم الشرعيــة وبين المحاكم الأهلية وضع له نظام خاص فى القانون

لم توجد سلطة قضائية للفصل فى تنازع الاختصاص بين المحاكم الشرعية وبين المجالس الملية

لجنة تنازع الاختصاص ليست لها صفة قانونية ولا تملك التعرض لأحكام المحاكم الشرعيــة التى حازت قوة الشيء المحكوم فيه

ليس لوزير العدل ولا لغيره من الوزراء حق الفصل فى تنازع الاختصاص أو إصدار قرار بوقف تنفيذ حكم واجب النفاذ

بالجلسة الجزئيــة المنعقدة علناً بمحكمة الأزبكية الشرعية فى يوم الاثنين ٤ محرم الحرام سنة ١٣٥٩ و ١٢ فبراير سنة ١٩٤٠

لدىَّ أنا أحمد محمد شاكر القاضى بها . . .

صدر الحكم الآتى

فى القضية الجزئية رقم ١٦٧٣ سنة ٩٣٨ — ١٩٣٩ ، المرفوعة من . . .

ضــد — حضرة صاحب المعـالى وزير العدل ، و . . .

بطلب — منع التعرض لها فى تنفيذ حكم نفقتها على المدعى عليه الثانى . . .

الوقائع

ادعى وكيل المدعية أنه صدر لموكلته حكم من هذه المحكمة فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى القضية رقم ٣٣٩ سنة ٩٣٦ — ١٩٣٧ بنفقة على المدعى عليه الثانى أربعة جنيهات شهرياً من يوم ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ وتأيد فى ٢١ مارس سنة ١٩٣٨، وأن المدعى عليه الثانى لجأ إلى وزارة العدل طالباً وقف تنفيذ الحكم، وأن لجنة تنازع الاختصاص قررت وقف التنفيذ، وأمرت جهات التنفيذ أن لا تنفذ الحكم، وأن الحكم الصادر للمدعية حكم نهائى لا يوقفه إلا حكم مثله، وأن لجنة تنازع الاختصاص لم تشكل بقانون ولا بقرار وزارى، وأن فصلها بوقف الأحكام النهائية عدوانٌ على السلطة القضائية، إلى آخر ما ذكره بالدعوى . وطلب الحكم لموكلته باستمرار تنفيذ ذلك الحكم ومنع معارضة المدعى عليهما لها فى ذلك، حكماً مشمولاً بالنفاذ المعجل مع المصاريف والأتعاب . وعدّل الطلبات بطلب منع وزارة العدل من التعرض لموكلته فى تنفيذ حكمها على المدعى عليه الثانى بقرارها الصادر فى ٦ يونية سنة ١٩٣٨ القاضى بوقف تنفيذ هذا الحكم . وقدم حكم النفقة، وحكم رفض منعها من التعرض فى النفقة، وحكمى تأييدها .

وأجاب مندوب وزارة العدل بأن هذه الدعوى سبق الفصل فيها من لجنة تنازع الاختصاص، وهى اللجنة التى تملك الفصل فى ذلك . وقدم صورة من قرار اللجنة الصادر فى ٢١ يونية سنة ١٩٣٨ . وأجاب عن سؤال من المحكمة بأنه (صدر قرار من مجلس الوزراء يخول لجنة تنازع الاختصاص هذا الحق، وقانون المرافعات الأهلى نص على سلطة تنازع الاختصاص، وأجمع الشراح على ذلك) .

ووكيل المدعى عليه الثانى قدم مذكرة تضمنت البحث فى تاريخ الاختصاصات القضائية، ليوضح بها أن دعوى الزواج والطلاق من اختصاص المجلس الدينى للطائفة . وقرر فيها أن المدعية تقدمت بعريضة فى أول مايو سنة ١٩٣٤ لبطركخانة

الأرمن الأرثوذكس ، التى تتبعها المدعية والمدعى عليه الثانى ، بطلب الطلاق ، وأن مجلس البطركخانة قرر فى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ بالتفريق الجسمى ، ثم قدمت فى ١٨ يولية سنة ١٩٣٥ بطلب نفقة ، ثم اصطلحت مع المدعى عليه الثانى ، وأنه بعد ذلك ضبط موكله المدعية مع شخص آخر فى الطريق ، فقدم للمجلس فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٥ بطلب الطلاق ، وأن المجلس حقق ذلك ، ثم قرر بطلاقها منه فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٥ ، وأن المدعية لم تنازع فى اختصاص المجلس الدينى لطائفتها ، ولكن لما كان مذهب الطائفة أن المطلقة لا نفقه لها لقطع صلة الزواج ، فقد لجأت المدعية إلى محكمة الأزبكية الشرعية بطلب نفقة ، وأنه دفع فى دعواها بدفوع كثيرة ، منها عدم الاختصاص ، وحكمت المحكمة بالنفقة ، ورُفض استئنافه ، وأن المدعى عليه بعد ذلك رفع أمره إلى الوزارة ، و إلى البطركخانة ، التى رفعت الأمر من جانبها أيضاً إلى الوزارة ، وأن المسألة عُرضت على لجنة تنازع الاختصاص ، فأصدرت قرارها المشار إليه ، إلى آخر ما جاء بالمذكرة ، وطلب فيها التقرير بعدم سماع هذه الدعوى ، لأن حكم الطلاق ، الذى فصلت فيه لجنة تنازع الاختصاص باحترامه ، صدر من جهة تملكه ، فتكون هذه الدعوى طعناً فيه ، وهذه المحكمة لا تملك النظر فى هذا الطعن.

وقدم وكيل المدعية مذكرة بين فيها وجهة نظره ، فى أن اللجنة ليس لها وجود قانونى ، واستند إلى المناقشة بشأنها فى الجلسة الثالثة والثلاثين من جلسات مجلس الشيوخ بتاريخ ٣ أغسطس سنة ١٩٣٨ ، بين حضرة الشيخ المحترم الأستاذ عباس الجمل وحضرة صاحب المعالى أحمد محمد خشبه باشا وزير الحقانية ، وقدم ورقة من المضبطة التى فيها المناقشة . وتعرض فى مذكرته أيضاً لبيان المجالس الملية التى يعترف بأحكامها والتى لا يعترف ، وذكر فيها أن طائفة الأرمن الأرثوذكس ليس لها مجلس معترف به ، وأن المدعى عليه الثانى رفع دعوى طاعة على المدعية أمام محكمة الأزبكية الشرعية وحكم له بها ، ثم رفع أمامها دعوى أخرى بثبوت الطلاق ومنع تعرضها فى النفقة وحكم برفضها ، لأنه لم يصدر من هيئة محترمة ، وتأيد من محكمة

الاستئناف ، فهو معترف بأن المحاكم الشرعية هي المختصة ، حيث لجأ إليها في دعواه .

وأجاب مندوب الوزارة عن استناد المدعية إلى المناقشات في مجلس الشيوخ بأن هذه المناقشات ليست حجة .

وقدم وكيل المدعى عليه مذكرة أخرى أسند فيه قانونية وجود اللجنة ، أي لجنة تنازع الاختصاص ، إلى المواد (٨٠ و ٨٢ و ٨٣) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، واستدل بذلك على أن قرار اللجنة المتنازع بشأنه حكم نهائي صادر من جهة مختصة ، وأن هذه الدعوى طعن فيه ، وطلب عدم سماعها ، واحتياطياً رفضها .

وقدم مندوب الوزارة قرار لجنة تنازع الاختصاص الصادر في ٢٧ مايو سنة ١٩٣٩ بشأن اعتراض المدعية على قرار اللجنة السابق وطلب إعادة النظر فيه ، وتضمن أن اللجنة (ترى أن لا محل لإعادة النظر في الموضوع وتأييد قرارها الصادر بتاريخ ١٩٣٨/٦/٢١) .

وقدم مذكرة تضمنت تاريخ هذه اللجنة وأنها من سنة ١٩٢٠، وأنها تشكل من ثلاثة أعضاء : وكيل وزارة العدل رئيساً ومستشار ملكي وزارة العدل ومدير مكتب الوزير ، ويقوم بوظيفة السكرتارية فيها موظف في وزارة العدل تابع لمكتب الوزير . وأنها ليس لها مواعيد معينة لانعقادها (وهي تعطي في كل مسألة رأيها وتعرضه على وزير العدل إذا رأى التصديق يحرر إلى الجهة المختصة بإجراء التنفيذ ، طبقاً للطريقة المبينة في القرار الصادر من اللجنة ، فهي لجنة استشارية للوزير ، ليس لقرارها صفة الحكم) وأنها (تسترشد في الفصل في المنازعات التي تعرض لها بما استقرت عليه أحكام المحاكم الأهلية والمختلطة ، لأنها إذا قررت العكس وأفتت بتنفيذ حكم غير واجب تنفيذه فإن لصاحب الحق أن يطالب الحكومة بتعويض بسبب ذلك) .

ثم بين في المذكرة النصوص التي على أساسها تقوم اللجنة ، وهي المادة الأولى من لائحة تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية في ٧ إبريل سنة ١٩٠٧ وقرار وزير العدل في ٩ يونية سنة ١٩٢٠ ومنشور وزارة الداخلية في ١٩٢٨/٨/٧ .

وقدم وكيل المدعية مذكرة بالرد على مذكرة الوزارة بأنها تنقض الدفاع الأول من الوزارة ، بأن هذه الدعوى سبق الفصل فيها من لجنة تنازع الاختصاص ، وهى اللجنة التى تملك الفصل فى ذلك . والمذكرة تقرر أن رأى اللجنة استشارى ، ثم ناقش النصوص التى بينت المذكرة أن اللجنة تقوم على أساسها .

وفى جلسة ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ قال مندوب الوزارة (إن وزارة العدل ليس لها شأن فى هذه القضية ولاصلة لها بالمدعية فيها ، لأن جهة التنفيذ هى وزارة الداخلية ، والمنوط بالتنفيذ هو جهة الإدارة بمقتضى المادة ٣٤٩ ، وأن امتناع المنوط بالتنفيذ بين ما يعمل فيه بالمادة ٣٥٠ ، والمدعية لجأت فعلاً إلى وزير العدل وتخطت المحكمة التى يجب أن تقدم إليها تظلمها ، وقدمت لوزير العدل مباشرة ، ووزير العدل أدى الواجب عليه ، بأن عرض الأمر على لجنة تنازع الاختصاص ، وهى لجنة استشارية ليس لقرارها صفة قضائية ، وهى تشير برأيها ، وهذا الرأى يقدم لوزارة الداخلية ، ووزارة الداخلية إما أن تنفذ الحكم أو تمتنع ، لأنها هى المسئولة عن ذلك ، وأما وزير العدل فإنه لا يصدر قراراً بمنع التنفيذ) . ثم دفع بعدم الاختصاص فى هذه القضية ، لأن وزير العدل لا دخل له فى التنفيذ ، إلى آخر ما نوقش به فى محضر الجلسة . واكتفى المندوب بما قال وقدم . وصمم وكيل المدعية على طلباته .

المحكمة

إن الفصل فى هذه الدعوى يتوقف على تحرير مسائل قانونية دقيقة ، يكشف به عن وجه الصواب فيها ، وتوضع به الأمور مواضعها ، وتقول فيه المحكمة رأيها بيناً ، مؤيداً بالدليل .

فأولاً : مدى سلطة المحاكم الشرعية ومدى قوة أحكامها . وهل هى محاكم أصلية أو هى محاكم استثنائية ؟

ولسنا نظن أن أحداً يذهب إلى أن المحاكم الشرعية محاكم استثنائية ، إلّا فى كلمات تفلت عرضاً فى أقوال بعض الكتاب أو شراح القوانين ، لا يقصدون بها إلّا نسبة اختصاصها الضيق — عملياً لا نظريا — إلى اختصاص المحاكم الأهلية والمختلطة . بل إن المحاكم الشرعية هى « المحاكم ذات الاختصاص العام التى يرجع إليها فى كل ما لم يؤخذ من اختصاصها بنص صريح » . (المرافعات لأبى هيف ص ٢٩٣) و « هى المحاكم العامة الطبيعية فى البلاد فيما يختص بالأحوال الشخصية والمواريث ، وإليها يرجع الفصل فيما لم يختص فيه غيرها ، وإليها يرجع الحكم بالنسبة لمن لم يدخلوا تحت سلطة غيرها » (الدولى الخاص لأبى هيف ص ٨٦٩)

وعموم سلطة المحاكم الشرعية بالنسبة لما يسمونه « الأحوال الشخصية » واضح فى أنها مختصة بالفصل بين كل الأفراد إلا ما استثنى بنص صريح ، كما إذا اتحد مذهب الخصمين من غير المسلمين وكان لهما مجلس ملىّ معترف به ولم يدفع المدعى عليه بعدم الاختصاص . وكما إذا اتحد مذهبهما ولم يكن لهما مجلس معترف به . وبالأولى إذا اختلف مذهبهما .

وهى محاكم حقيقية لها نظم واضحة موضوعة فى قانون . وأحكامها لها كل القوة التى للأحكام ، يجب تنفيذها من غير استثناء ، بما تذيل به من صيغة التنفيذ المنصوص عليها فى المادة (٣٤٣) من اللائحة . وهذه بديهيات يجب بيانها ، حتى لا تكون موضع خفاء أو شك .

وإنما أدخل شيئا من الاضطراب فى بعض ذلك أن المادة (٣٤٩) نصت على أن التنفيذ يكون بمعرفة جهات الادارة أو من تعينه وزارة الحقانية لذلك ، وأن المادة (٣٨١) جعلت لوزير الحقانية أن يضع « لائحة ببيان الإجراءات والضوابط التى تجب مراعاتها فى تنفيذ أحكامها » ، وأن الوزارة وضعت لائحة للتنفيذ فى أبريل سنة ١٩٠٧ بناء على المادتين (٩٢ و ١٠٢) من لائحة المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٨٩٧ ونصت فى المادة الأولى منها على أنه « يجوز لكل من بيده حكم من

محكمة شرعيـة أصدرته وهى تملك هذا الاختصاص أن يطلب تنفيذه بالطرق الإدارية »

فهذا القيد الذى قيد به فى المادة « وهى تملك هذا الاختصاص » أورث شيئاً من الشك فى قوة أحكامها ، حتى ظن كثير من الشراح وغيرهم من رجال القانون أنه مكّن السلطةَ الادارية من حق البحث فى سلطة المحاكم واختصاصها قبل تنفيذ أحكامها ، حتى إن وزارة العدل تقول فى مذكرتها المقدمة فى هذه القضية : « والمادة المذكورة تفرض على السلطة الإدارية التحقق من أن الحكم صدر من جهة مختصة » ولكن لائحة سنة ١٨٩٧ لم تشتمل على إجراءات التنفيذ ، وإنما أشارت فى المادة (٩٢) إلى وجوب تنفيذ الأحكام النهائية بواسطة الادارة ، وأوجبت فى المادة (١٠٢) على ناظر الحقانية أن يصدر لائحة بهذا الخصوص (انظر نظام القضاء والادارة لقمحة بك وعبد الفتاح السيد بك طبعة ثانية ص ٣٣٨) . فهل بقيت لائحة التنفيذ قائمة قانونا ؟ الظاهر الواضح أنها صارت ملغاة قانونا ، وإن بقى العمل بها عمليا فقط ، وذلك لأن القانون رقم (٣١ سنة ١٩١٠) ، وهو لائحة المحاكم الشرعية التى قبل اللائحة المعمول بها الآن ، نص فيه صراحة على إلغاء لائحة سنة ١٨٩٧ من أول المادة (٢١) إلى آخر المادة (١٠٢) وجعل بدلا منها المواد من (٢١—٣٨٣) ، وجاء فيه كتاب خاصّ بالتنفيذ فى الموادّ (٣٣٩ — ٣٥٠) ، ثم ألغيت هذه اللائحة باللائحة الأخيرة ، وهى القانون (رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) وفيها أيضاً كتاب خاصّ بالتنفيذ ، فى المواد (٣٤٣ — ٣٥٤) ، ونص فى آخر كل من اللائحتين على أن وزير العدل يضع لائحة التنفيذ . فإذن لائحة سنة ١٨٩٧ ألغيت ، فألغى تبعاً لها كل ما كان تنفيذاً لها من اللوائح ، خصوصا لائحة التنفيذ ، لأنها وضعت لقانون لم يفصِّل أحكامَ التنفيذ ولم يأمر به أمراً واضحاً ، وذلك لأن لائحة سنة ١٨٩٧ لم يذكر فيها عن التنفيذ إلا ثلاث مواد ، المادة (٩٢) ونصها : « الأحكام التى لا تقبل الدفع ، الصادرة من المحاكم الشرعية ، يكون تنفيذها بناء على طلب صاحب الشأن بمعرفة جهة الإدارة ،

بدون مصاريف سوى أجرة الحراسة ورسم البيع فى المنقول باعتبار المائة واحد وفى العقارات باعتبار المائة خمسة»، والمادتان (٩٣ و ٩٤) وهما فى كيفية تنفيذ حكم الطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين الخ . وعن جواز توقيع الحجز على مال المحكوم عليه الخ . ثم المادة (١٠٢) تنص على أن ناظر الحقانية «عليه إصدار لائحة أخرى يبين فيها الإجراءات التى تتبع فى تنفيذ الأحكام الواجبة النفاذ » . فهذه المواد لم يذكر فيها شمول الأحكام بالصيغة التنفيذية التى يوجب فيها ولى الأمر « على الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها وعلى كل سلطة وكل قوة أن تعين على إجرائه » الخ . (المادة ٣٤٣ لائحة سنة ١٩٣١ و ٣٣٩ سنة ١٩١٠) ولم ينص فيها صراحة على أن جهات الادارة أو من تعينه وزارة الحقانية ملزمون بإجراء التنفيذ بناء على طلب الخصم الذى يسلمهم الحكم الواجب التنفيذ (المادة ٣٤٩ سنة ١٩٣١ و ٣٤٥ سنة ١٩١٠) فكان من الممكن لوزير الحقانية فى لائحة سنة ١٨٩٧ أن يفسر فى لائحة التنفيذ المراد « بالأحكام الواجبة النفاذ » فى المادة (١٠٢ منها) سواء أكان التفسير خطأ أم صوابا .

أما وقد نظمت المحاكم الشرعية بقانون سنة ١٩١٠ ثم بقانون سنة ١٩٣١ ، ونص فى كل منهما على وجوب تنفيذ أحكامها المشمولة بالصيغة التنفيذية ، وعلى الرجوع إلى المحكمة الشرعية إذا حصل إشكال فى التنفيذ ، فإنه لا يكون منطقيا ولا معقولاً أن يجعل لأشخاص ليست لهم سلطة قضائية حقّ البحث فيما إذا كان الحكم صدر من المحكمة وهى تملك الاختصاص باصداره أولا تملك ، لأن هذا من قبيل إعادة النظر فى الأحكام ، وقد رسمت له طرق مرسومة فى القانون ، لا يملك أحد تجاوزها أو العدول عنها . والمعروف بداهة عند كل علماء القانون أن الأحكام الواجبة النفاذ لا يقف شىء فى سبيل تنفيذها و إن أخطأت فيها المحكمة التى أصدرتها ، وأحكام المحاكم الشرعية كأحكام غيرها من المحاكم ، لا يجوز التعرض لتنفيذها إلا بالطرق المنصوص عليها فى القانون ، لا يجوز ذلك للمحاكم ولا للجهات الإدارية ولا لغيرها .

ثم بعد هذا لو فرضنا أن لائحة التنفيذ قائمة لم تلغ ، فإنى أعتقد أن الكلمة التى وضعت فيها وضعا غير واضح ، فأثارت الشبهة حول الأحكام الشرعية ، وهى كلمة « تملك هذا الاختصاص » ، هذه الكلمة لا يمكن أن يراد بها تمكين السلطة الإدارية من التحقق من أن الحكم صدر من جهة مختصة ! لأن وزارة الحقانية كما وضعت لائحة التنفيذ وضعت أيضاً لائحة تفتيش المحاكم الشرعية فى سنة ١٨٩٨ بناء على لائحة سنة ١٨٩٧ نفسها ، ونصت فى المادة الثانية منها على أن « تفتيش الأعمال القضائية يكون قاصراً على البحث فى الغلطات القضائية بدون مساس بالأحكام ولا بقوة الشىء المحكوم به » . فالسلطة التى أصدرت لائحة التفتيش هى السلطة التى أصدرت لائحة التنفيذ ، وهى التى نصت على احترام الأحكام ، واحترام قوة الشىء المحكوم به ، وإن كان خطأ ، وهى تستمد سلطانها فى وضع اللائحتين من قانون واحد ، وهو لائحة سنة ١٨٩٧ ، وهى تعلم أن القائمين بالتفتيش من رجال القضاء ، وأنهم يعرفون موضع الخطأ فى الأحكام ، ويعرفون ما صدر منها فى حدود اختصاص المحكمة وما جاوز اختصاصها . فليس معقولاً إذن ، وقد منعتهم المساس بقوة الشىء المحكوم به ، أن تبيح ذلك لغيرهم أيًّا كان .

وثانياً : أىُّ المجالس الملية معتبر وجوده قانوناً ، وهل لها سلطة قضائية حقيقية ؟ أو بعبارة أخرى هل هى محاكم حقيقية ، أصلية أو استثنائية ، أو هى شىء آخر ؟

كانت المجالس الملية قائمة بأعمالها بين أتباعها فى عهد تبعية مصر للدولة العلية ، ثم بعد زوال هذه التبعية صدر القانون (رقم ٨ فى ٩ فبراير سنة ١٩١٥) ونص فى المادة الأولى منه على أن « السلطات القضائية الاستثنائية المعترف بها حتى الآن فى الديار المصرية تستمر إلى حين الاقرار على أمر آخر على التمتع بما كان لها من الحقوق عند زوال السيادة العثمانية » إلى آخره . وهذه السلطات الاستثنائية وإن بقى لها الحقوق التى كانت ، إلا أن بعضها كان له وجود قانونى صحيح ، وهو ثلاثة مجالس لثلاث طوائف ،

وهى التى صدرت قوانين باعتمادها ، وهى الأقباط الأرثوذكس (بالأمر العالى فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣) والإنجيليون الوطنيون (بالأمر العالى فى أول مارس سنة ١٩٠٢) والأرمن الكاثوليك (بالأمر العالى فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٥) كما يدل على ذلك منشور وزارة العدل (رقم ٥٠ فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٤) . وهناك طوائف أخرى لم تصدر قوانين باعتماد نظام مجالسها ، ولكن وزارة الداخلية تنفذ أحكامها ، وهناك فريق ثالث لم تصدر قوانين باعتماد مجالسها ولا تنفذ الداخلية أحكامها (كتاب وزارة العدل لمحكمة مصر الابتدائية الشرعية رقم ٤٨٩ فى ٣١ يناير سنة ١٩٣٥) ، ومن هذا الفريق الثالث (طائفة الأرمن الأرثوذكس) التى ينتسب إليها الخصمان فى هذه القضية .

وهذه السلطات الاستثنائية « ليست بسلطات قضائية كاملة التنظيم ضمن حدود الاختصاصات المرسومة لها بصفة تقريبية ، بل إن هذه كانت محلا للشك فى كثير من الأحوال » كما يقول الأستاذ أبو هيف (الدولى الخاص ص ٨٣٢) وبالضرورة « لا تكون أحكامها من جهة التنفيذ كأحكام المحاكم الشرعية » (الدولى الخاص ص ٨٥١ — ٨٥٢) . وبعض هذه السلطات أقوى من بعض . فإن المجالس الثلاثة التى صدرت قوانين باعتمادها لها قوة قانونية ليست لغيرها ، وقراراتها يجب أن يكون لها من الاعتبار ما ليس للأخرى . أما الفريقان الأخيران ، اللذان لم تصدر قوانين باعتماد مجالسهما ، سواء أنفذت الداخلية أحكام بعضها أم لم تنفذ ، فإن سلطتها على أتباعها محدود ضيق ، لا يكون لشىء منه قوة الحكم . إنما هي أشبه بالمجالس العرفية ، لأن سلطة القضاء إنما تستمد من ولىّ الأمر وحده ، ولا يؤثر عمل وزارة الداخلية بتنفيذ أحكام بعضها فى إمدادها بسلطة القضاء ، ولم تكن لها من قبل . إنما هو أشبه بأن يكون عملا سياسياً ، ترفيهاً لهم وإراحة لضمائرهم ، لا يكسب أحكامهم شيئاً من الصفة القانونية ، ولا يكون الحكم بين أفرادهم من مجلسهم حكما ملزما ، وإنما هو أقرب شبها بالفتوى . والقانون (رقم ٨ سنة ١٩١٥) لم ينظم أعمالها ولم يجعلها محاكم ، وإنما أكسبها — بإذنه باستمرار تمتعها بما كان لها من الحقوق عند زوال السيادة

العثمانية — شيئاً من القوة فى قرارتها، ترتفع بها عن درجة الفتوى ، تجعل لصاحب المصلحة فيها أن يرفعها إلى محكمة شرعية أو أهلية أو مختلطة،فاذا قبلتها ورأت أنهاصحيحة صادرة ممن يملك إصدارها ، حكمت بما تراه فيها ، وكانت الصفة القضائية لما تحكم به المحكمة حينئذ . هذا هو المفهوم المعقول من دراسة هذه القوانين والمنشورات وتطبيقها تطبيقاً صحيحاً على القواعد القانونية ، وإن خالفنا بعض آراء الشارحين والباحثين . وانظر مثلا (قضاء الأحوال الشخصية للطوائف الملية للأستاذ أحمد بك صفوت ص ٢٠ — ٢١) و (الدولى الخاص حاشية ص ٨٣٢) .

وأقوى مثال يؤيد ما ذهبنا إليــه : أن المجالس الحسبية ، وهى سلطة صدر بها قانون خاص، ونظمت أعمالها فى وزارة العدل، ويجلس فيها قضاة أهليون وشرعيون، مأذونون بالحكم فى حدود اختصاصهم من قِبَلِ ولىّ الأمر ، هذه المجالس ليس لشىء من قرارتها صفة الأحكام ، ولا تحوز قوة الشىء المحكوم به ، لأن القانون الذى أنشأها لم يمنحها هذا الحق ، ولم يأمر بتذييل قرارتها بالصيغة التنفيذية . ولا يشك أحد فى أن هذه المجالس أقرب شبهاً بالمحاكم القضائية النظامية، وأوسع سلطانا وأقوى وجوداً من كل المجالس الملية ، ومع ذلك فإن المحاكم كثيراً ما تأبى التقيد بقرارتها فى الأحكام ، وتحكم بما يخالفها .

وثالثاً : تنازع الاختصاص ، وهل هناك سلطة قانونية للفصل فيه ؟

أمّا بين المحاكم الشرعية والمجالس الملّية فإن القوانين لم تنشىء سلطة معينة تفصل فى تنازع الاختصاص ، ولم تحدد لهذه المجالس حدودها التى تدخل تحت سلطانها ، وتركت أمرها مضطرباً . وإنما نصت لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الصادر بها الأمر العالى فى (١٤ يونية سنة ١٨٨٣) على تنازع الاختصاص « بين إحدى جهات الحكم فى الأحوال الشخصية وبين إحدى المحاكم الأهلية » وعلى التنازع « بين المحاكم الأهلية وجهات الإدارة » فى المواد (٨٠ — ٨٥) ونص المادة (٨٠) « و إذا وقع

خلاف فى الاختصاص بين إحدى جهات الحكم فى الأحوال الشخصية و بين إحدى المحاكم الأهلية ، فيحال الفصل فى هذا الخلاف على مجلس يتشكل تحت رياسة ناظر الحقانية ، من قاضيين من المحاكم الأهلية يعينهما رئيس محكمة الاستئناف بمصر ، ومن شخصين تعينهما الجهة المختصة بالحكم فى الأحوال الشخصية المذكورة » . وهذه اللائحة لا تزال قائمة قانوناً ومعمولاً بها لم تنسخ ، ولكن هذه المواد — مواد تنازع الاختصاص — لم يعمل بها تقريباً ، يقول الأستاذ أبو هيف (المرافعات ص٣٠٧) : «وهذه النصوص مهملة عملاً ، وقد يكون ذلك إما لأن تطبيقها لا يروق كثيراً للمحاكم ، و إما لأنها مجهولة من الكثيرين ، لم تنلها العلنية الكافية لانتفاع المتقاضين بها ».

ومن المفهوم بداهة أنه فى سنة ١٨٨٣ لم تكن النظم الحديثة الدقيقة لإجراءات المحاكم الشرعية قد وضعت ، وكانت حال المجالس الملية كحالها الآن ، ولم يكن صدر قانون باعتماد شىء منها ، إلا لطائفة الأقباط الأرثوذكس (١٤ مايو سنة ١٨٨٣) فوضعت هذه المواد — فى رأينا — تمهيداً لتنظيم كل هذه السلطات ، حتى تكون جهات قضائية حقيقية ، ثم صدرت قوانين المحاكم الشرعية وجعلت محاكم نظامية كغيرها من المحاكم ، وأعطى لأحكامها من القوة ما للمحاكم الأخرى .

ومع ذلك فإن لائحة الإجراءات الأهلية احترمت الحقوق المكتسبة بالأحكام ، فنصت فى آخر المادة (٨٥) على أنه « لا يجوز رفع دعوى الاختصاص بشأن حكم صادر فى قوة حكم انتهائى » أى أن رفع الأمر إلى لجنة التنازع المنصوص عليها فى المادة (٨٠) إنما يكون أثناء سير الدعوى ، ولا يكون بعد الحكم فيها نهائياً ، لما للأحكام النهائية من قوة واحترام ، وأنها قطعية فى موضوعها . ولذلك لما صدر حكم من محكمة الاستئناف الأهليـة فى قضية نظر على وقف ، كانت المحكمة الشرعية أقامت ناظراً عليه من قبل ، اضطرت الحكومة إلى استصدار ديكريتو ف (٣ مايو سنة ١٩٠١) بوقف تنفيذ الحكم الأهلى ، ثم استصدرت ديكريتوآخر ف(١٦ ديسمبر سنة ١٩٠١) بتعيين مجلس مخصوص للنظر فى الخلاف الناشىء عن وجود حكمين

نهائيين متناقضين صادرين من محكمتين مختلفتين . ويقول أبو هيف (المرافعات ص ٣٠٦) :
« ولكن هذا المجلس هو غير مجلس الفصل فى مسائل الاختصاص الذى تكلمنا عنه ، لأنه لا حاجة لاستصدار دكريتو لعقد هذا المجلس ، وهو لا ينعقد إذا صدر حكم نهائى فى الموضوع كما أسلفنا » . وهذا عمل قانونى سليم ، وهو الذى يجب عمله أو عمل مثله عند صدور أحكام نهائية متناقضة ، بأن يكون وقف تنفيذ الحكم بقانون ، أو تنفيذاً لقانون ، فتكون الجهة التى تفصل بين الحكمين صدر بها قانون يعطيها هذا السلطان . ولكن الحكومة لم تصدر مثل هذا القانون إلى الآن .

والظاهر عندى أن المادة (٨٠) من لائحة الإجراءات الأهلية لم يعمل بها ، لا للتعليل الذى ذكره الأستاذ أبو هيف ، ولكن لأن وزارة العدل لم تنفذ المادة (٣٨١) من اللائحة الشرعية ، فلم تضع لائحة التنفيذ ، ولم تعط المحاكم الشرعية أداة خاصة بتنفيذ أحكامها — أقلام المحضرين — مع ضرورة ذلك تطبيقاً للقانون الموجب تنفيذ أحكامها ، ومع الإلحاح فى طلبه قديماً من دعاة الإصلاح من رجال القضاء ، وفى مقدمتهم الأستاذ الشيخ محمد شاكر[1] ، فى تقريره الذى قدمه للأستاذ المفتى الشيخ محمد عبده — رحمهما الله — فى أوائل سنة ١٨٩٩ ، وكذلك الأستاذ المفتى نفسه ، فى تقريره الذى قدمه لناظر الحقانية فى أواخر تلك السنة .

وبقى العمل بلائحة سنة ١٩٠٧ الملغاة ، والتى فيها كلمة لم توضع وضعاً صحيحاً ، وهى كلمة « وهى تملك هذا الاختصاص » ، وكانت المحاكم الأهلية والمختلطة لكل منها أداة خاصة للتنفيذ ، وتنازعت القوى ، فظنت المحاكم التى لها أداة خاصة بالتنفيذ أنه إذا كان لجهة الإدارة أن تفصل فى اختصاص المحاكم الشرعية قبل تنفيذ

(١) هو والدى الأستاذ الأكبر الشيخ محمد شاكر ، رضى الله عنه ، ولد فى منتصف شوال سنة ١٢٨٢ (مارس سنة ١٨٦٦) وتوفى صباح يوم الخميس ١١ جمادى الأولى سنة ١٣٥٨ (٢٩ يونيه سنة ١٩٣٩) وقد وضع تقريراً عظيماً فى شأن المحاكم الشرعية ، فى أوائل سنة ١٨٩٩ ، وهو الأساس الحقيق لكل إصلاح أحدث فى تلك المحاكم . وكتبتُ له ترجمة موجزة عقيب وفاته ، ونشرت فى المقتطف فى عدد أغسطس سنة ١٩٣٩

أحكامها ، وهى سلطات ليس لها صفة قانونية ، فأولى أن يكون للمحاكم ، التى تملك سلطة الحكم ، أن تفصل فى اختصاص المحاكم الشرعية ، وتقبل من أحكامها ما تشاء وتمنع منها ما تشاء .

يقول الأستاذ أبو هيف (المرافعات ص ٣٠٨) : « وعلى كل حال فإن المحاكم الأهلية كثيراً ما تنتصر فى هذا النزاع عملاً ، لأن لديها محضرين ينفذون أحكامها، لأن استصدار دكريتو لإيقاف تنفيذ الأحكام الصادرة منها على خلاف قواعد الاختصاص أمر لا يتيسر دائماً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن احكام المحاكم الشرعية لا تنفذ إلّا بواسطة الإدارة ، و بعضها بواسطة المحضرين الأهليين ، وهذه لا تنفذها طبقاً لنص المادة الأولى من لائحة ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ إلّا إذا كانت المحاكم الشرعية أصدرتها وهى تملك اختصاصها بها ، فإذا كانت الإدارة لها سلطة تقدير قيمة أحكام المحاكم الشرعية ، وارتكاناً على هذه السلطة امتنعت عن التنفيذ، فصاحب الحق المحكوم له شرعياً لا يستطيع إلّا مقاضاة الإدارة أمام المحاكم الأهلية، وهذه حينئذ تُقدِّر إن كان الحكم الشرعى صادراً وفقاً لقواعد الاختصاص أم لا ، فأىُّ انتصار بعد هذا ؟ !

وكلُّ هذا وما قضت به المحاكم الأهلية أو المختلطة فى أحكام شرعية ، بأن المحكمة الشرعية التى أصدرتها كانت غير مختصة ، عمل باطل قانوناً ، بنى على فهم خطأ فى لائحة ملغاة بإلغاء القانون الذى بنيت عليه ، وعلى فهم خطأ فى سلطة المحاكم الشرعية وقوة أحكامها ووجوب تنفيذها ، وعلى إهمال وضع قانون يحدد اختصاص المحاكم ، و يمنع تعرض بعضها لإلغاء أحكام واجبة النفاذ أو وقف تنفيذها .

نعم : قد نقد الأستاذ أبو هيف فى كتابه (المرافعات ص ٣٠٦ والدولى الخاص ص٨٠٩) نظرية احترام قوة الأحكام النهائية أكثر مما يجب عند تنازع الاختصاص، وصرَّح بأن الأقوى من المحاكم ينصب نفسه حكماً فى مسائل الاختصاص ، وقال : « و بذلك يكون المشرع قد أخطأ فى التشديد فى احترام قوة الشىء المحكوم به بلا

مبرر » . ولكنا لسنا هنا بصدد ما كان يجب أن يوضع من القوانين ، بل نحن بصدد تطبيقها تطبيقاً سليماً ، وإظهار الفرق بين المحاكم التى تصدر أحكاماً ، وبين الهيئات التى ليست لها سلطة الحكم ، وإثبات أن الواجب احترام الأحكام القضائية وتنفيذها مطلقاً ، حتى مع فرض الخطأ فى بعضها .

رابعاً : لجنة تنازع الاختصاص .

قلنا إن تنازع الاختصاص بين المحاكم الشرعية والمجالس الملية لم يُنَصَّ فى شىء من القوانين على طرق الفصل فيه ، وبيَّنا أن قرارات هذه المجالس ليست أحكاماً بالمعنى المفهوم من كلمة « حكم » ، وأنها لا تحوز قوة الشىء المحكوم فيه ، وأن أحكام المحاكم الشرعية « أحكام » تامة ، فكان المفهوم بداهةً أنه لا معنى لعقد خلافٍ بين حكم وبين قرارٍ ، أقوى حالاته أنه يصلح سنداً للمتمسك به أمام جهة قضائية تنظر فيه وتحكم بما تراه . ولكن الخطأ فى فهم لائحة التنفيذ الشرعية ، والخطأ فى اعتبارها قائمة مع أنها ملغاة ، وترك وزارة العدل وضع لائحة للتنفيذ ، وحرمان المحاكم الشرعية من أداة التنفيذ ، كلٌّ هذا أوقع فى نفوس رجال القضاء والقانون وجود شىء يسمى « تنازع الاختصاص » بين المحاكم الشرعية والمجالس الملية . ولذلك كانت إدارة المحاكم الشرعية تنظر فى مسائل هذا التنازع قبل سنة ١٩٢٠ وتَبُتُّ فيها طبقاً لأحكام الشريعة الغراء (مذكرة وزارة العدل فى هذه القضية) . وهذا مبنيٌّ على فرض بقاء لائحة التنفيذ ، وعلى فرض صحة جملة « وهى تملك هذا الاختصاص» من المادة الأولى منها . ولذلك نرى الأستاذ أحمد صفوت بك يقول فى كتاب قضاء الأحوال الشخصية (ص ٤٦ — ٤٧): « وهذه المادة تفرض على السلطة الإدارية أن تتحقق أن الحكم صدر من جهة مختصة ، وإلا فلا قيمة له ولا أثر . فيقدم الحكم إلى جهة الإدارة **بالمديريات والمحافظات ، وهذه تحيله إلى قسم قضايا وزارة الداخلية ، الذى يبحث الحكم من وجهته الشكلية ، من حيث صدوره من هيئة مختصة بإصداره فى حدود**

اختصاصها ، طبقاً لنص اللائحة المذكورة ، فإذا أقره يباشر تنفيذه ، وإذا عارض المحكوم عليه فى التنفيذ بحجة أنه تابع لملة أخرى ، أو قدم حكماً معارضاً له من أىّ جهة ، يوقف التنفيذ ويعاد استفتاء قسم قضايا الداخلية ، الذى يفصل فى الأمر إذا كان التنازع بين مجلسين من المجالس الملية ، أما إذا كان النزاع بين مجلس ملىّ ومحكمة شرعية ، أو أسلم المحكوم عليه ، فنى الحالتين ترفع وزارة الداخلية الإشكال إلى وزارة الحقانية لتفصل فيه . ويُرَى ما فى ذلك من إضاعة وقت كثيرين من كبار موظفى وزارتى الداخلية والحقانية ، فضلاً عن تعطيل التنفيذ . وقد رؤى فى سنة ١٩٢٠ أن تشكل لجنة للفصل فى هذه المسائل برئاسة وكيل وزارة الحقانية ومستشارها الملكى ومدير مكتب الوزير ، وتُعرض قراراتها لوزير الحقانية ، فهى لجنة استشارية للوزير ، وليس لقرارها صفة الحكم ، ولم يصدر بإنشائها قرار ، وهى تسترشد فى الفصل فى المنازعات التى تعرض لها بما استقرت عليه أحكام المحاكم الأهلية والمختلطة » .

وهذا هو التاريخ الكامل لإنشاء لجنة تنازع الاختصاص ، وقد نقل بشىء من الاختصار فى مذكرة الوزارة فى هذه القضية ، إلا أن مذكرة الوزارة زادت أن منشور الداخلية المؤرخ ٧ أغسطس سنة ١٩٢٨ من أسانيد إنشاء هذه اللجنة ، ولكن الذى فى كتاب الأستاذ صفوت بك أن هذا المنشور « بشأن تنفيذ أحكام المجالس الملية » . وعلى كل حال فإن الواضح من مذكرة الوزارة أن هذه اللجنة لم يصدر بها قرار خاصّ ، وأنها استشارية ليس لقرارها صفة الحكم . وهذا هو الصريح أيضاً من مناقشة الشيخ المحترم عباس الجمل ، فى مجلس الشيوخ ، مع صاحب المعالى وزير الحقانية السابق ، الذى قال عنها : « هى لا تفصل ولكنها تعطى رأياً استشارياً » فقال الشيخ المحترم : « إذا كانت هذه اللجنة لا عمل لها فواجب أن لا يكون لها وجود قانونى ، أما إذا كانت تفصل فى بعض المسائل فلنعطها وجودها الشرعى ، وذلك بتقديم مشروع قانون بتشكيلها » فقال معالى الوزير : « لك حق فى ذلك » .

فاللجنة إذن ليست لها صفة قضائية أو إدارية ، بل هى لجنة لإعطاء الرأى فقط ، وهى تعطى الرأى بعدم تنفيذ الأحكام الشرعية النهائية ، ولكن آراءها معتبرة قرارات تحترمها الجهات المنوط بها التنفيذ ، وتوقف بها تنفيذ أحكام نهائية واجبة النفاذ ، حتى اضطربت أفكار الناس جميعاً فى شأن المحاكم الشرعية ، وتوهموا أن أحكامها تصلح أن تكون موضع إعادة النظر ممن لا يملك إعادة النظر فيها .

وقد صور الأستاذ أبو هيف أثر هذا الاضطراب بأوضح عبارة ، فقال فى الدولى الخاص (ص ٨٨٩ — ٨٩٠) : « وقد كان من نتائج التنازع بين المحاكم الشرعية وغيرها من محاكم الأحوال الشخصية ، وعدم وجود سلطة قضائية عليا تفصل فى هذا التنازع بمقتضى قواعد القانون الدولى الخاص ، أن أصبحت أحكام هذه المحاكم فى كثير من الأحوال هدفاً لعدم التنفيذ ، ولعدم الاعتراف بها ، إما من جانب الإدارة الموكول إليها تنفيذها ، وإما من جانب المحاكم المختلطة والأهلية ، المطلوب منها تنفيذها أو الاعتراف بها ، وقد ترتب على ذلك أن قَلَّ وثوق الناس بقيمة الأحكام الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية فى كثير من الأحوال ، وأصبحت هذه الأحكام من بعد صيرورتها نهائية محلًا للبحث من جديد ، فى هل أصدرتها المحكمة الشخصية وهى مختصة بها ؟ وهذا البحث يحصل فى جهة أخرى غير المحكمة التى أصدرت الحكم ، وهذه الجهة قد تكون الإدارة ، وقد تكون محكمةً أخرى ، وقد تستعين الإدارة بلجنة خاصة ، كما حصل من عهد قريب ، فإن وزارة الحقانية شكلت لجنة إدارية لإبداء رأيها فى ما ينفذ وما لا ينفذ من الأحكام عند تنازع الاختصاص » ثم قال : « كل هذه الهيئات تلتجئ فى أغلب الأحوال إلى قواعد القانون الدولى الخاص ، لتحل بها الخلاف ، وكثيراً ما تلتجئ إلى النصوص المختلفة المتضاربة ، وتتأثر بالظروف الخاصة ، مثل قبول الاختصاص أو عدم المعارضة فيه ، من جانب المدعى عليه ، وقد يكون لشخصية المستشارين الملكيين — الذين يبدون الرأى — ولجنسيتهم أو ديانتهم ما يؤثر فى الحل النهائى للمسألة المطروحة على الإدارة ،

كما يكون نفس التأثير لاختلاف جنسية أعضاء اللجنة الخاصة التي تنظر في تنازع الاختصاص ، لذلك قد تأخذ كل قضية في العمل حلًا خاصاً لا تأخذه قضية أخرى من نوعها ، وهو ما يدعو إلى التصريح بعدم وجود قواعد عامة يطمئن لها الناس » .

هذه الحال المضطربة لا يجوز بقاؤها ، وهذه اللجنة لا سلطان لها على الأحكام قانونا ، حتى لو تساوى الحكمان المتعارضان فى قوة التنفيذ . وليس رأيها الاستشارى بملزم أحداً ، ووزير العدل هو الرئيس الأعلى لكل الجهات القضائية ، ولكن القوانين لم تجعل له سلطة قضائية إلّا فى أحوال معينة منصوصة ، منها رئاسة مجلس تنازع الاختصاص بين جهات الحكم فى الأحوال الشخصية و بين المحاكم الأهلية ، وهو لا يملك الفصل فيها وحده بمقتضى القانون ، ولا يملك المجلس كله الفصل فى الاختصاص بعد صدور حكم نهائى ، ولكن تنازع الاختصاص بين المحاكم الشرعية والمجالس الملية لم يدخل فى سلطة هذا المجلس ، لا قبل الحكم ولا بعده ، وبالأولى ليس لوزير الداخلية ولا لغيره حق الفصل فى ذلك أو إصدار قرار بوقف تنفيذ حكم واجب النفاذ .

ومن هذا يظهر أن موضوع هذه القضية ، فى وجوب تنفيذ حكم المدعية أو منع تنفيذه ، لم يصدر فيه حكم من جهة مختصة ، فبطل الدفع بعدم السماع .

ومما أشارت إليه مذكرة الوزارة فى هذه القضية تبريراً لأعمال لجنة تنازع الاختصاص أنها « إذا أفتت بتنفيذ حكم غير واجب تنفيذه فان لصاحب الحق أن يطالب الحكومة بتعويض بسبب ذلك » ! ولا أحب أن أعرض هنا إلى جواز الحكم بتعويض بسبب تنفيذ حكم قضائى نهائي واجب النفاذ أو عدم جوازه ، ولكنى أرى أنه أشرف للحكومة الحازمة العادلة أن تشترى العدالة و إن غلا الثمن ، ولأنْ تَغْرَمَ الدولةُ أفدحَ الغُرْمِ خيرٌ لها وللأمة من أن يُعرف عنها أن أحكام محاكمها ، التى تنوب فى السلطان عن ولىّ الأمر ، يقف فى سبيل تنفيذها سلطات إدارية ، أو لجان استشارية .

وخامسا : عن اختصاص المحكمة بنظر هذه الدعوى .

أما بالنسبة للمدعى عليه الثانى فلا كلام فى الاختصاص ، لأنه لم يدفع بعدم الاختصاص ، ولأن الخلاف بينه و بين المدعية فى حكم نفقة صادر من هذه المحكمة ، داخل تحت المادتين (٥ و ٦) من اللائحة ، و إنما الكلام فى اختصاصها بالنسبة لمقاضاة وزارة العدل ، فان هذا من النظام العام الذى يجب على المحكمة البحث فيه من تلقاء نفسها ،كما يفهم من المادة (١٠١) ، و إن لم يدفع مندوب الوزارة بهذا الدفع مبيناً مفصلا ، بل قال فى آخر جلسات المرافعة : « موقفى الدفع بعدم الاختصاص فى هذه القضية، لأن وزير العدل لا دخل له فيها ، وليس هو الجهة المختصة فى التنفيذ».

والثابت من أوراق القضية أن المدعية حكم لها بالنفقة على المدعى عليه الثانى ، وتأيد استئنافياً ، وأن المدعى عليه الثانى صدر له قرار من مجلس طائفة الأرمن الأرثوذكس بطلاقها ، وأنه رفع دعوى بعدم تعرضها له فى النفقة أمام هذه المحكمة، ورفضت وتأيد ذلك أيضاً ، وأن الأمر رفع إلى لجنة تنازع الاختصاص ، فرأت فى يوم ٢١ يونية سنة ١٩٣٨ عدم تنفيذ حكم النفقة ، وعدم تنفيذ أى حكم بالحبس ضد المدعى عليه ، أو أى نوع من أنواع التنفيذ الأخرى ، وأن المدعية اعترضت على هذا القرار فى ٣٠ أغسطس سنة ١٩٣٨ و٢٧ مارس سنة ١٩٣٩ ، وطلبت إعادة النظر فيه ، وأن اللجنة قررت فى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ «أن لا محل لإعادة النظر فى الموضوع ، وتأييد قرارها السابق» . فرفعت المدعية هذه الدعوى ، تحاول بها الوصول إلى حقها الثابت لها بحكم نهائى ، والذى تعرضت وزارة العدل لها فى تنفيذه بهذين القرارين . وهذه الدعوى لا تخرج عن كونها إشكالًا فى التنفيذ ، ولكن من نوع جديد ، لم يعرض مثله على المحاكم الشرعية فيما أعلم . فإن المعتاد فى الإشكال أن يقدم من المحكوم عليه ، إما عند حصول التنفيذ ، و إما برفع دعوى مستقلة ، ولكن هذه الدعوى جاء الاعتراض على التنفيذ فيها من جهة ثالثة غير جهة الخصمين ، وهى البطريركية ، التى تظلمت للوزارة ، وطلبت عرض الأمر على لجنة تنازع الاختصاص ، كما جاء فى

وقائع قرار اللجنة ما نصه: «قامت الزوجة بعدذلك بتنفيذ حكم النفقة الصادر لها بطريق الحجز على منقولات الزوج نظير المتجمد، و بطريق الحبس أيضاً، فتشكت البطريركية للوزارة ، وقالت بأن الحكومة سبق أن طلبت إخطارها عن تكوين مجلسها الملىّ وأسماء أعضائه لاعتمادهم ، وأن الفصل فى أمور الزوجية لأبناء الطائفة من أخص اختصاص الكنيسة ، ولا يمكن لغيرها البت فيها ، وطلبت عرض الموضوع على لجنة تنازع الاختصاص ، و إيقاف التنفيذ مؤقتاً ، حتى تقرر اللجنة ما تراه بشأنه . فخابرنا محافظة القاهرة فى هذا الشأن ، كما خابرنا محكمة الأزبكية الجزئية الأهلية ، لإيقاف بيع المنقولات المحجوز عليها » .

والمدعية لما اعترضت على هذا القرار طعنت فى تشكيل اللجنة ، وأنها لا صفة لها فى إيقاف الأحكام ، كما جاء فى وقائع القرار الثانى ، فلم يكن أمامها من السبل إلّا أن ترفع الأمر إلى القضاء ، المختصّ بالفصل فى الإشكال فى التنفيذ ، لأن المقصود من فصل القضاء فيه هو مراقبة تنفيذ الأحكام واحترامها ، حتى لا تعبث الأيدى بها . فلو كان الحكم غير ممنوع تنفيذه بقرار اللجنة لكان الإشكال يُرفع بالطريق المعتاد من المحكوم عليه . أمّا وقد تبرعت جهةٌ ثالثة برفع الأمر نيابةً عنه، إلى سلطةٍ تظن أن لها حق الفصل فى مثل هذا ، وفصلت هذه السلطة الإدارية ، وَوَقَفَتْ فعلاً تنفيذ الحكم ، فليس هناك طريق معقول يسلكه صاحب الحق إلّا أن يرفع الأمر إلى القضاء ، لينظر فى هذا الإشكال ، الذى قُدِّم من غير ذى صفة ، وفَصَلت فيه هيئة لا تملك الفصل فيه ، حتى يقول القضاء كلمة العدل ، و يرد الحق إلى نصابه . وهذا الإشكال ليس متعلقاً بالإجراءات الوقتية ، ولكنه متعلق بأصل الدعوى ، كما هو ظاهر ، فالمحكمة المختصة بالفصل فيه هى المحكمة التى أصدرت الحكم ، وهى هذه المحكمة ، بمقتضى المادة (٣٥١) .

وليست هذه المسألة داخلةً فى المادة (٣٥٠) كما قال مندوب الوزارة فى مرافعته ، لأن هذه المادة إنما جاءت فى امتناع المنوط به التنفيذ . وهنا لم يحصل ذلك ، بل

المنوط به التنفيذ شرع فى التنفيذ فعلاً ، ثم مُنِع منه بعمل جهة ليس له إلّا أن يطيع أمرها .

سادساً : قرأنا فى قرار اللجنة المقدم من الوزارة ، الصادر فى (٢١ يونية سنة ١٩٣٨) فى وقائعه ما نصه : « نخابرنا محافظة القاهرة فى هذا الشأن ، كما خابرنا محكمة الأزبكية الجزئية الأهلية ، لإيقاف بيع المنقولات المحجوز عليها » . وليس من شكٍّ فى أن هذه المخابرة للجهتين صدرت قبل صدور قرار اللجنة ، لأنها ذكرت فى الوقائع ، لا فى منطوق القرار ، فقد صدر الأمر بوقف التنفيد إذن قبل صدور قرارها ، فمن الذى أصدر هذا الأمر ؟ وما سنده فى إصداره ؟ حتى لو كانت اللجنة تملك وقف التنفيذ ؟ ! ترَى المحكمةُ من حقها البحثَ فى ذلك ، لأن رجال القضاء لا يسعهم الإغضاء عن العدوان على الأحكام . وقد فكرنا فى تحقيق هذه المسألة قضائياً ، ثم رأينا أن نتيجة التحقيق إنما هى تحديد المسئولية فقط ، ولا أثر لها فى الفصل فى هذه القضية ، فرأينا أن نكتفى بالإشارة إليها ، لتكون فى موضع العناية من حضرة صاحب المعالى وزير العدل ، وهو حارس العدالة بمقتضى مركزه السامى ، وهو المهيمن على احترام القوانين .

فقد ثبت من كل هذا أن المدعية حُكم لها بنفقة على المدعى عليه الثانى حكما نهائياً ، وأن هذا الحكم واجب النفاذ ، وأن لجنة تنازع الاختصاص لا وجود لها قانوناً ، وأنها لا تملك هى ولا غيرها من السلطات الإدارية وقف تنفيذ الأحكام ، وأن قرارها بمنع تنفيذ حكم المدعية قرار باطل ، لا يجوز لوزارة العدل التمسك به والتعرض للمدعية فى تنفيذ حكمها ، وأن هذه المحكمة هى المختصة بالفصل فى هذه القضية ، وأن هذه القضية فى تصويرها القانونى من قضايا الإشكال فى التنفيذ .

ومن حيث إنه بذلك يكون الدفع بعدم الاختصاص غير صحيح .

ومن حيث إن منع وزارة العدل تنفيذ الحكم المذكور لم يبن على أى سبب له وجـــه .

ومن حيث إن المدعية طلبت شمول الحكم بالنفاذ المعجل ، ولا ترى المحكمة داعياً للنص على ذلك ، لأن الفصل فى قضايا الإشكال نهائى بطبيعته .

لهـــــــذا

قررنا رفض ما دُفِعَ به فى هذه الدعوى . وحكمنا للمدعية على حضرة صاحب المعالى وزير العدل بمنع تعرض وزارة العدل للمدعية فى تنفيذ حكم نفقتها الصادر من هذه المحكمة فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى القضية رقم ٣٣٩ سنة ١٩٣٧/٣٦ وحكمنا لها على المدعى عليه الثانى . . . باستمرار نفاذ الحكم المذكور ، وأمرناه بعدم معارضتها فى ذلك . وألزمناهما بالمصاريف و بمائة قرش أتعاب محاماة حضوريًا .

٢ — حكم(١)

الرأى العلمى للقاضى فى مسئلة معينة لا يصلح سبباً لرده عن نظر قضية فى هذه المسئلة ، ولا ينبغى له أن يتنحى لهذا السبب عن نظرها

لجنة تنازع الاختصاص لا وجود لها قانوناً ، ولا تملك وقف تنفيذ الأحكام

مبدأ الفصل بين السلطات يمنع السلطة التنفيذية من التعرض لأحكام السلطة القضائية وأوامرها ، ومن تقييد اختصاصها ، ومن إعادة النظر فى قرار صدر منها

الخطاب الصادر من الجهة الإدارية بمنع تنفيذ حكم قضائى واجب النفاذ ليس إلا تعرضاً منها للسلطة القضائية، ولا يملك أحد من موظفى الدولة إصداره ، ولا يجوز لموظف أن يطيعه فيمتنع عن تنفيذ الحكم بسببه

القوانين حمت الأحكام القضائية من الخضوع لسلطة الموظفين

لائحة التنفيذ الصادرة فى سنة ١٩٠٧ صارت ملغاة بالقانون ٣١ سنة ١٩١٠ والقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ ثم صدر قرار فى ١٩ يوليو سنة ١٩٣٤ باستمرار العمل بها ، وهذا القرار لا يصحح ما كان منها باطلا بطلاناً أصلياً بمخالفة القانون

بالجلسة الجزئية المنعقدة علناً بمحكمة الأزبكية الشرعية فى يوم الاثنين ٢٦ شعبان سنة ١٣٥٩ ، ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٤٠

لدىَّ أنا أحمد محمد شاكر القاضى بها . . .

صدر الحكم الآتى

فى القضية الجزئية رقم ٢٠٠٠ سنة ١٩٣٩ و سنة ١٩٤٠ المضموم لها قضية الإشكال رقم ٢٠١٤ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠ المرفوعة من . . . . ضد . . . . بطلب إشكال فى تنفيذ حكمىْ حبس بمبلغ ٤٠٠٠ قرش .

---

(١) هذا الحكم تابع للحكم قبله وكأنه متمم له ، وفيه استيفاء لبعض أبحاثه ، وهو بين طرفى الخصومة أنفسهما .

الوقائـع

استصدرت المستشكل ضدها حكماً على المستشكل من هذه المحكمة فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى القضية ٣٣٩ سنة ٣٦ — ١٩٣٧ بنفقة لها ، ثم استصدرت حكمين من هذه المحكمة بجبسه فى القضيتين ٦١٠ سنة ٣٧ — ١٩٣٨ و ٧٦٩ سنة ٣٧ — ١٩٣٨ فى ١٥ مايو سنة ١٩٣٨ و ٢٦ يونية سـنة ١٩٣٨ ، نظير مبلغ عشرين جنيهاً متجمد نفقتها بأنواعها ، عن المدة من ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ لغاية ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ عن الحكم الأول ، ونظير مبلغ عشرين جنيهاً عن المدة من ١٧ أبريل سنة ١٩٣٦ لغاية ١٦ سبتمبر سنة ١٩٣٦ عن الحكم الثانى ، وقدمت الحكمين للجهة المنوط بها التنفيذ . فاستشكل المدعى فى التنفيذ بأن هذين الحكمين لا يجوز تنفيذهما ، لصدور الأمر بإيقاف التنفيذ من وزارة العدل، بخطابها للمحافظة رقم ٦٩٤ فى ٦ أبريل سنة ١٩٣٨ ، و بقرار لجنة تنازع الاختصاص فى ٦ يونية ١٩٣٨ القاضى بوقف التنفيذ . وأودَع المبلغين المطلوبين بالخزينة ، وأُحيل الإشكالان على هذه المحكمة للفصل فيهما ، وأُرسل معهما صورة من خطاب وزارة العدل المشار إليه فى الإشكالين ، و بطلب المستشكل تقرر ضم الإشكال الثانى رقم ٢٠١٤ إلى هذا الإشكال . وترافع وكيل المدعى بطلبات موكله و بمذكرة قدمها ، وطلب قبول الإشكالين ووقف تنفيذ الحكمين ، وطلب أيضاً احتياطياً وقف تنفيذ الحكمين إلى أن يفصل فى الاستئناف المرفوع من موكله عن الحكم الصادر من هذه المحكمة فى ١٢ فبراير سنة ١٩٤٠ فى القضية ١٦٧٣ ستة ١٩٣٨ — ١٩٣٩ ، و إحتياطاً آخر وقف السير فى الإشكال إلى أن يفصل فى هذا الاستئناف . وقدم وكيل المستشكل ضدها مذكرة بالرد على أقوال المستشكل ، وطب فيها رفض الإشكالين والإذن بصرف المبلغين .

المحكمة

عرَض وكيل المستشكل قبل المرافعة لنقطة دقيقة ، تتعلق برأى القاضى الذى ينظر فى هذين الإشكالين ، وعَرَض لها عرْضاً رقيقاً مهذباً ، بناه على أننا أصدرنا حكماً فى هذه المحكمة فى ١٢ فبراير سنة ١٩٤٠ فى القضية ١٦٧٣ سنة ٣٨ — ١٩٣٩ بين الطرفين باستمرار تنفيذ حكم النفقة ، وأن هذا الحكم لا يزال منظوراً استئنافياً ، وأن هذا الحكم يتضمن رأينا صراحة فى موضوع هذا الإشكال ، وأنه لا يريد بذلك رَدَّنا عن نظره بالطريق القانونى ، وأنه إنما يوجه نظر القاضى لذلك ، ويترك له الرأى فى أن ينظر الإشكالين أو يتنحى عن نظرهما .

وقد كانت لنا مندوحة عن الكلام فى هذه النقطة، فيما صرح به وكيل المستشكل من أنه لا يريد رَدَّ القاضى عن نظر الإشكال ، وفيما يعلم هو من الخلق الإسلامى السامى ، الذى فُرِضَ على قضاة الشرع أن يتبعوه ، بما هداهم الله إليه من الإيمان ، وقد فُصِّل ذلك فى كتب الإسلام . ولكنا نريد أن نزيل شبهة قد تعرض للمستشكل وأمثاله ، ممن لا يعرفون حقائق الشريعة ودقائق القانون ، ليكونوا على يقين من أن لا يُقْضَى بينهم فى شئونهم إلّا بالحق والعدل . وأساس العدل ثقةُ المحكومين بحاكمهم ، واطمئنانُهم إلى أمانته ودينه ، وأنه لا يقول إلّا ما تطمئن إليه نفسه ، وأنه لا يَكْبُرْ عليه أن يرجع عن رأيٍ رآه ، إن تبين له بَعْدُ أنه كان غير صحيح . ولم نكن نجيز لأنفسنا النظر فى هذا الإشكال أو غيره إن لم نكن على ثقة من أنَّا نجتهد فى إحقاق الحق ، والحكم بما يطمئن إليه ضميرنا ، سواء أوافق رأياً رأيناه من قبلُ أم خالفه . وظهور رأينا فى مسألة لا يمنع أن ننظر فى مثلها مرةً أخرى ، بما يوفق الله له من الاجتهاد .

ووكيل المستشكل إنما يشير بكلمته إلى الفقرة الخامسة من المادة (٢٤٩) من القانون ، فى الأسباب التى تجيز ردّ القضاة عن الحكم ، ونصها : « إذا أبدى القاضى لأحد الخصوم رأيه فى القضية » . وهذه الفقرة صريحة فى أن المانع للقاضى من نظر

الدعوى أن يتصل بأحد الطرفين ، فيبدئ له فى القضية المنظورة رأيه ، لأن هذا عمل ينافى الأمانة الواجبة على القاضى ، وهو خروج عن أدب القضاء ، ورافع للثقة بالقاضى ، فهو أجدر أن يمنعه من الفصل فى القضية . أمّا أن يكون للقاضى رأى قضائىّ معروف ، فى بحث من الأبحاث الفقهية أو القانونية ، مما يُسمى فى عرف القضاء بالمبادئ ، فلم يقل أحد أن هذا يمنع القاضىَ من نظر دعوى تماثل أو توافق ما سبق له أن حَكم فيه . وهو أمر بديهىّ ، لا يتسع لأكثر من هذا التفصيل .

ثم نعود إلى البحث فى موضوع الإشكال .

فمن حيث إن المستشكل قد بنى إشكاليه على أن الحكمين المنفذين لا يجوز تنفيذهما ، لصدور أمر من وزارة العدل بمنع تنفيذ حكم النفقة الصادر على موكله من هذه المحكمة فى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٧ ، لأنهما تنفيذ لهذا الحكم ، وقد صدر أمر وزارة العدل بمنع تنفيذ حكم النفقة المذكور ، واستند إلى خطابها لمحافظة مصر المرسل صورته مع أوراق الإشكال ، وعلل رأيه هذا بأن المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة ممنوعة من المساس بالأوامر الإدارية تفسيراً ووقفاً وتعديلاً وإلغاء ، وأن القضاء الشرعىّ ليس له اختصاص بالنظر فى الأوامر الإدارية من باب الأولى ، وأنه لا يكاد يُفهم أن تكون ولايته القضائية فى ذلك أوسع دائرة وأبعد حدوداً من ولاية القضاءين الأهلى والمختلط ، إلى آخر ما ذكر وكيله بمذكرته .

ومن حيث إن فيما ذكر المستشكل كثيراً من الإبهام والإيجاز ، أوجبا الخطأ فيما ذهب إليه من النظر ، فإن المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الصادرة فى سنة ١٨٨٣ نصت على الأنواع التى تحكم فيها المحاكم ، ثم قالت فى الفقرة الثانية منها ما نصه : « وليس لهذه المحاكم أن تحكم فيما يتعلق بالأملاك الأميرية العمومية من حيثية الملكية ، ولا أن تؤوّل معنى أمر يتعلق بالإدارة ، ولا أن توقف تنفيذه » . وهذا كلام واضح مفهوم ، وقد فسره المرحوم عبد الحميد أبو هيف بك فى المرافعات فى البند (١٣١) بما نصه : « معنى ذلك أنه متى صدر قرار من وزارة من الوزارات

أو جهة إدارية مّا ، فإنه ليس للقضاء أن يتعرض لتفسيره أو تأويله ، كما أنه ليس له أن يوقف تنفيذه . لأن تأويله قد يكون غالباً مقيّداً له ومضيّقاً فى دائرة عمله ، فتتعطل بذلك الأوامر الإدارية . وما مُنعت المحاكم من التفسير والتأويل إلاّ تحقيقاً لمبدأ عدم منع تنفيذ هذه الأوامر ولو جزئيا . فليس للمحاكم الأهلية أن تقضى فى طلب إيقاف بيع إدارىّ ، ولا أن تحكم بإلغاء حجز إدارىّ قامت بهما الإدارة ، ضد ممتنع عن دفع الضرائب مثلا ، ولا فى إيقاف تنفيذ أمر بالاستيلاء على عقار نزعت ملكيته إداريا ، ولا بإلغاء قرار مجلس تأديب قضى على موظف بالرفت أو الحرمان من المعاش ، ولا أن تحكم بإلغاء تجنيد شخص جندته الحكومة ، كما أنه ليس لها أن تنظر دعوى بتفسير أو تأويل أمر أو قرار من نحو ما تقدم ذكره ، فإن هذا من شأن الإدارة التى أصدرته » . وقد ذكر نحو هذا فيما يتعلق بالمحاكم المختلطة فى البنود (٢٩٤ و ٢٩٥ و ٢٩٦) .

ومن البديهىّ البين أن المراد بـ « الأمر الذى يتعلق بالإدارة » الأوامر التى تصدرها السلطات التنفيذية فى حدود اختصاصها ، لضمان حسن سير الأداة الحكومية ، على النحو الذى يريده المسؤولون عنها ، إنْ خطأً وإنْ صواباً ، وهذه الأوامر مُنعت السلطات القضائية من التعرض لتأويلها أو تنفيذها ، اتّباعاً لمبدأ الفصل بين السلطات فى التشريع الحديث ، الذى اقتبسته الدولة المصرية من الدساتير الأوربية ، ومنعاً لتصادم السلطات ، الذى تضطرب معه شؤون الدولة ، فلا تتعدى السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية ، ولا تتعدى السلطة التنفيذية على السلطة القضائية ، ولا تتعدى إحدى هذه السلطات على الأخرى فيما يصدر عنها فى حدود اختصاصها . فليس من المعقول إذن أن يُقصد بهذا المنع منعُ السلطة القضائية من تأويل أمر أصدرته السلطة الإدارية أو وقف تنفيذه ، فى حين أن يُجعل للسلطة التنفيذية حق إلغاء حكم أو أمر صدر من السلطة القضائية فى حدود اختصاصها . بل إنه ليس للسلطة التنفيذية أن تقيد اختصاص السلطة القضائية فى الحدود التى منحها إياها

القانون ، ولا أن تعيد النظر فى قرار صدر منها فى هذه الحدود ، ولكن للسلطة القضائية أن تحافظ على حقوق الأفراد إذا تقاضوا إليها متظلمين من أمر أصدرته السلطة التنفيذية ، وتعوِّضهم من الأضرار التى لحقت بهم من ذلك الأمر ، كنص الفقرة الثانية من المادة (١٥) من لائحة الإجراءات الأهلية ، إذ صرحت بأن المحاكم الأهلية تختص بالحكم فى « كافة الدعاوى التى ترفع على الحكومة بطلب تضمينات ناشئة عن إجراءات إدارية تقع مخالفة للقوانين أو الأوامر العالية » .

ومن حيث إنه لزيادة هذا إيضاحاً ننقل هنا نص الخطاب الصادر من وزارة الحقانية إلى محافظة مصر ، فى شأن منع تنفيذ حكم النفقة على المستشكل ، وهو المؤرخ ٦ أبريل سنة ١٩٣٨ ، والذى قُدمت لنا صورته مع أوراق الإشكال ، وهو :

« حضرة صاحب السعادة محافظ القاهرة . أتشرف بأن أخبر سعادتكم أن بطريركية الأرمن الأرثوذكس بالقاهرة قد رفعت إلى هذه الوزارة شكوى تتضمن أن مجلس ملى الطائفة قد نظر فى دعوى مقامة أمامه بين الخواجه... وزوجته الست . . . وحكم بتاريخ ١٩٣٥/١١/٢٦ بالطلاق بين الزوجين ، إلّا أن الزوجة المذكورة بعد صدور هذا الحكم بمدة طويلة لجأت إلى محكمة الأزبكية الجزئية الشرعية ، فرفعت أمامها دعوى طلبت فيها إلزام زوجها بأن يدفع لها نفقة شرعية ابتداء من ١٩٣٥/١١/١٧ وقيدت الدعوى برقم ٣٣٩ سنة ١٩٣٧ — ١٩٣٨ ؛ و بعد أن تداولت القضية فى عدة جلسات حُكم فيها بتاريخ ١٩٣٧/١١/١٧ بإلزام الزوج المذكور بأن يدفع لزوجته نفقة شهرية قدرها أربعة جنيهات ، ابتداء من ١٩٣٥/١١/١٧ ، وتأيد الحكم المذكور استئنافياً بحكم من محكمة مصر الابتدائية الشرعية، وقد تظلمت البطريركية المذكورة من صدور هذين الحكمين من المحاكم الشرعية ، قائلة أن الدعوى مقامة بين أرمنيين أرثوذكسيين تابعين لطائفة لها مجلس ملىّ معترف به ، تنفذ الحكومة أحكامه ، وقد نظر فعلاً فى النزاع القائم ، وحكم بالطلاق بين الزوجين وعدم أحقية الزوجة بنفقه بعد قطع العلاقة الزوجية بالطلاق ، وطلبت إيقاف تنفيذ الحكمين المذكورين الصادرين

من المحكمة الشرعية، وعَرْضَ الأمر على لجنة تنازع الاختصاص، لاسيما وأنه يخشى أن تلجأ الزوجة بعد ذلك إلى تنفيذ حكم النفقة بطريق الحبس ، وحيث إن الموضوع بأكمله معروض الآن على لجنة تنازع الاختصاص ، فإن الوزارة ترى إجابة طلب بطريركية الأرمن الأرثوذكس ، وإيقاف تنفيذ حكمى المحكمة الشرعية المشار إليهما آنفاً ، ريثما يفصل فى الموضوع بمعرفة اللجنة المذكورة . بناء عليه ، أرجو سعادتكم التنبيه إلى عدم تنفيذ حكم النفقة المذكور بأى طريق من طرق التنفيذ ، وموافاتنا بما عسى أن يكون لدى المحافظة من الأوراق الخاصة به ومعلوماتها فى هذا الشأن ، ليتسنى عرض الأمر على اللجنة فى أول اجتماع لها ، وتفضلوا بقبول وافر الاحترام .
وكيل الحقانية » .

ومن حيث إن هذا الخطاب لا يمكن أن يوصف بأنه أمر إدارىّ صدر من السلطة الإدارية ، مما تمنع المحاكم من التعرض لوقف تنفيذه أو تأويله ، وإنما هو تعرض من السلطة التنفيذية للسلطة القضائية ، ومنع لتنفيذ حكم نهائى واجب النفاذ بمقتضى القانون . وهو خطاب لا يملك أحدٌ من موظفى الدولة إصدارَه ، ولا يجوز لموظفٍ أن يطيعه فيمتنعَ عن تنفيذ حكم بسببه .

والمستشكل ضدها قد صدر لها حكم نهائى بالنفقة ، ثم صدر لها الحكمان المستشكل فيهما بالحبس ، وهذه الأحكام واجبة النفاذ ، بما أعطاها القانون من قوة الشىء المحكوم فيه ، وبما ذُيِّلَتْ به من الصيغة التنفيذية المنصوص عليها فى المادة (٣٤٣) من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ .

وقد بينّا فى الحكم الذى أصدرناه عن هذه المحكمة فى ١٢ فبراير سنة ١٩٤٠ فى القضية رقم ١٦٧٣ سنة ١٩٣٨ — ١٩٣٩ ما يتعلق بلجنة تنازع الاختصاص التى كانت قائمة فى وزارة العدل ، وأنها لجنة ليس لها وجود قانونى « وأنها لا سلطان لها على الأحكام ، وأن رأيها الاستشارى ليس بملزم أحداً ، وأن وزير العدل هو الرئيس الأعلى لكل الجهات القضائية ، ولكن القوانين لم تجعل له سلطة قضائية إلّا فى

أحوال معينة منصوصة ، منها رئاسة مجلس تنازع الاختصاص بين جهات الحكم فى الأحوال الشخصية و بين المحاكم الأهلية ، وهو لا يملك الفصل فيها وحده بمقتضى القانون ، ولا يملك المجلس كله الفصلَ فى الاختصاص بعد صدور حكم نهائى ، ولكن تنازع الاختصاص بين المحاكم الشرعية والمجالس الملية لم يدخل فى سلطة هذا المجلس ، لا قبل الحكم ولا بعده ، وبالأولى ليس لوزير الداخلية ولا لغيره حقُّ الفصل فى ذلك أو إصدار قرار بوقف تنفيذ حكم واجب النفاذ » . هذا ما قلناه هناك .

فإذا لم يكن لوزير العدل ولا لوزير الداخلية أن يصدر قراراً بوقف تنفيذ حكم نهائى ، فأولى أن لا يجوز ذلك لمن دونهما من الموظفين ، وأولى أن لا يجوز ذلك قبل صدور قرار لجنة تنازع الاختصاص ، إن صح أنه كان لها وجود قانونى ، أو أنها كانت تملك الفصل فى تنازع الاختصاص ، لأن المطلع على هذا الخطاب الذى يسميه المستشكل أمراً إداريا يراه نصَّ صراحةً على أن الموضوع كله معروض على لجنة تنازع الاختصاص ، وأن كاتب الخطاب يسبق قرار اللجنة ، فيأمر بمنع التنفيذ فى ٦ أبريل سنة ١٩٣٨ ، مع أن قرار اللجنة إنما صدر فى ٦ يونية سنة ١٩٣٨ ، كما ثبت ذلك فى الحكم الذى أشرنا إليه ، ولا يعقل أن يسمى هذا الخطاب أمراً إدارياً ، لأن القوانين المصرية حَمَتِ الأحكامَ القضائية من أن تخضع لسلطة الموظفين ، وقَسَتْ أشَدَّ القسوة على كل موظف عمومىّ يستعمل سلطة وظيفته فى وقف تنفيذ الأحكام أو الأوامر الصادرة من المحاكم .

ومن حيث إن المستشكل عَرَض بعد ذلك للبحث فى سلطة وزير العدل ، المنصوص عليها فى المادة (٣٨١) من اللائحة ، التى تنصّ على أن الوزير يَضَع لائحةَ التنفيذ ، وقد سبق أن بينّا فى الحكم المشار إليه بشأن تنازع الاختصاص أنَّ لائحة التنفيذ التى وضعت سنة ١٩٠٧ صارت ملغاة قانوناً ، بصدور القانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠ والقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ ، فقدَّم وكيل المستشكل هنا قراراً من وزير الحقانية صادراً فى ١٩ يولية سنة ١٩٣٤ منشوراً بالوقائع المصرية فى العدد (٦٤) بتاريخ

٢٦ يولية سنة ١٩٣٤ ، يتضمن استمرار العمـل بلائحة التنفيذ الصادرة فى ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ ، واستدل به على أن وزير العدل يملك بمقتضى هذه اللائحة الأمرَ بوقف تنفيذ حكم المستشكل ضدها ، وأنه صاحب الحق فى ذلك .

ومن حيث إن هذا القرار يؤيّد رأينا ولا ينقضه ، لأنه يدل على أن وزارة العدل رأت أن لائحة التنفيذ الصادرة سنة ١٩٠٧ فى ظل قانون سنة ١٨٩٧ بطلت بصدور قانون سنة ١٩١٠ ثم صدور قانون سنة ١٩٣١ المنشور بالوقائع المصرية فى ٢٠ مايو سنة ١٩٣١ ، وهو آخر قانون للمحاكم الشرعية ، وأن استمرار العمل بلائحة التنفيذ استمرار غير منطقىّ مع نصوص القانونين ، فجاءت بعدَ هذا الدهر الطويل ، و بعد مرور أكثر من ثلاث سنين على صدور القانون الأخير ، تصحح ما استمرّ العمل به باطلاً ، فأصدرت هذا القرار .

ومن حيث إن لائحة التنفيذ الصادرة فى ١٩٠٧ و إن صدر قرار باستمرار العمل بها فى ١٩٣٤ إلّاأن ذلك لا يصحح ما كان منها باطلاً بطلاناً أصليًّا ، وهو ما خالف صريح القانون الذى نسخها ، وهو ما يتعلق بالتنفيذ ، كما بيناه واضحاً فى حكم تنازع الاختصاص ، فليس لوزير العدل ولا لغيره سلطة فى وقف تنفيذ الأحكام الواجبة النفاذ ، إلّا أن ينص على ذلك قانونٌ نصًّا صريحاً .

ومن حيث إنه فضلاً عن ذلك فإن الخطاب الذى يستند إليه المستشكل ويسميه أمراً إدارياً لم يصدر من وزير العدل ، فخرج من نطاق هذا البحث .

لذلك

قررنا رفض الإشكالين و إعادة الأوراق إلى محافّظة مصر لاستمرار تنفيذ الحكمين المستشكل فيهما حضورياً .

تعليق وتعقيب

بعد صدور الحكم الأول فى القضية ١٦٧٣ سنة ٣٨ — ٣٩ ذهب الزوج المحكوم عليه إلى قضاء الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الأهلية ، بدعوى طلب فيها وقف تنفيذ هذا الحكم ووقف تنفيذ الحكم الأصلى بالنفقة . وقضت له المحكمة بذلك فى ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، واستأنفت زوجته الحكم ، فحكمت محكمة مصر الابتدائية الأهلية فى ٣ فبراير سنة ١٩٤١ بتأييده .

وقد قرأتُ الحكمين وتأملتهما ، فلم أجد فيهما شيئاً يردّ على أسباب الحكم . ولكنّى أريد أن أبحث بعضَ مسائلَ ، قد تكشف عن وجه الصواب ، وتؤيد وجهة نظرى .

١ — أولاً : أمِنْ صواب القول أنّ محكمة الأزبكية الشرعية تعدَّت اختصاصها ، إذْ حكمت للمدعية على زوجها بالنفقة فى القضية ٣٣٩ سنة ٣٦ — ٣٧ ، ثم حين حكمتْ عليه وعلى وزارة العدل بمنع التعرض فى التنفيذ فى القضية ١٦٧٣ سنة ٣٨ — ٣٩ ؟

قد بيّنّا فى الحكم الأول أن الزوجين من الأرمن الأرثوذكس ، وأنهم من الطوائف التى لم تصدر قوانين باعتماد مجالسها ولا تنفذ الداخلية أحكامها . فمن البديهىّ الواضح أن مجلسهم الطائفىّ ليس له شىء من ولاية الحكم ، لأن ولاية الحكم إنما تُستَمدُّ من ولىّ الأمر وحده . وولىّ الأمر لم يعيّن هذا المجلس ، ولم يعتمد أحكامه ، ولم يمنحه ولم يَمنح رئيسَه أيّةَ سلطة من سلطان الحكم ، أو بالتعبير العصرىّ : لم يعترف بوجود هذه الهيئة . فليس للمجلس وجود قانونى أو تشريعىّ أو قضائىّ قطّ ، وإن استَند فى وجوده إلى الخط الهمايونى والتحريرات السامية ، لأن هذه الأوامر أثر من آثار الامتيازات الأجنبية القديمة فى الدولة العثمانية ، وقد زالت هذه الآثار بإعلان انفصال مصر من الدولة فى بدء الحرب الماضية . وبقاء الامتيازات الأجنبية

بعد ذلك فى مصر إنمـا كان عن معاهداتها مع الدول ، ولذلك حين أُلغيت فى بلاد الدولة التركية لم تلغ فى مصر إلّا بعد معاهدة مونترو بالشروط المعروفة فيها .
ثم قد كان امتياز هذه المجالس الملية فى الدولة العثمانية فى بلاد فتحتها الدولة ، فأقرّتْ أهلَها الأصليين على بعض سلطانهم فى خاصة أنفسهم ، تأليفاً لهم وترضيةً ، سواء أ كان إقرارُها هذا خطأً أم صواباً . أمّا مصر فقد كانت حين دخلها هؤلاء العثمانيون بلداً إسلاميًّا عريقاً فى الإسلام ، من عهد الصحابة ، من أوائل القرن الأول الهجرىّ ، قبل دخول الأمة العثمانية و بلادها فى الإسلام بمئات السنين . فحين دخل هؤلاء مصر ، فى أوائل القرن العاشر الهجرىّ ، لم يجدوا فيها أمةً أجنبية لها امتيازاتٌ ملية ، بل وجدوها أمة إسلامية واحدة ، تُحكم بشريعة الإسلام وحدها ، وفيها أقليات دينية ، راضية عن الدولة وعن الشريعة ، ليس لهم قضاء غير قضائها ، فإن تحاكموا فى خاصة أنفسهم إلى زعمائهم ، فإنما هو شىء داخلىّ بينهم ، لا شأن للدولة ولا للقضاء به ، كما لا يزال الناس يُحكِّمُون زعماءهم ومن يرضونه فيما يحدث بينهم من أحداث ، إذا لم يشاؤوا أن يرفعوه إلى ولىّ الأمر و إلى قضاته . فلم يكن للدولة العثمانية أن تمنح امتيازاً فى مصر لهذه الأقليات ، ولكنها صارت تبلِّغ مصرَ ما تمنحه لرعيتها هناك ، ومصر تتبعها فى تنفيذه . ثم نظمت الدولة فى بلادها حقوق البطارقة وأتباعهم فى أواخر القرن الثـالث عشر الهجرىّ ، بالخط الهمايونى الصادر فى ١١ جمادى الآخرة سنة ١٢٧٢ (١٨ فبراير سنة ١٨٥٦) وما تبعه من التحريرات السامية ، وأبلغت ذلك إلى مصر ، فسارت عليه على مضض ، تبعاً للدولة أيضاً . ولكنّ استقلال مصر أزال كل أثر لهذا ، إلّا ما صدر به قانون مصرىّ ، وهو لثلاثة مجالس فقط .

وهـذا يبيّن عدم صحة قول الحكم المستعجل : « وأمّا من لم يقدمها — يعنى القوانين — ومنهم الأرمن الأرثوذكس ، فقد امتنعت الحكومة عن تنفيذ أحكامها ، ولكن امتناع الحكومة عن هذا التنفيذ لم يسلبها ولاية الحكم ، ولا يسوّغ

اختصاص المحاكم الشرعية فيما تختص به هذه الطوائف ، لأن هذه الولاية مستمدة من الخط الهمايونى والتحريرات السامية ، وهى قوانين لا يلغيها إلا تشريع فى قوتها ، وهو ما لم يصدر . فلا زال حكم تلك المجالس الطائفية صحيحاً واجب الاحترام ، ما دام عليه تصديق البطرق ، صاحب ولاية الحكم ، بمقتضى البراءات القديمة والخط الهمايونى والمنشورات المفسرة له » ! ! وانظر إلى قوله أن « البطرق صاحب ولاية الحكم » ! أيُسلّم بهذا أحد ؟ وهل يُعقل فى نظام الدول أن تكون دولةٌ فى الدولة ؟ ! بل دُول متعددة فى الدولة ؟ ! وأن يكون رجل رعيةٌ لولىّ الأمر ، أو رجلٌ أجنبىّ ، صاحبَ ولاية حكمٍ فى ملكه ودولته ؟ ! ثم هو لا يستمدّ هذه الولاية من ولىّ أمره ، بل من دولة أخرى انفصل عنها ولىّ أمره واستقلّ بتشريعه وقوانينه عشرات من السنين[1] ، ثم استقل عنها أخيراً استقلالاً تاماً ؟ ! ما أظن أحداً يزعم هذا أو يراه منطقياً فى نظام الدولة ونظام الحكم ، وما أظن أمةً من الأمم يُستطاع أن يُقال فيها هذا . ليس لأحدٍ ولايةُ الحكم فى دولة إلا ولىّ أمرها وحده ، إمّا حكماً مطلقاً ، وإمّا حكماً مقيداً بدستور وقوانين . ولذلك لا يعيّن القاضى إلّا بمرسوم من ولىّ الأمر وطبقاً للقوانين المعمول بها . أمّا غير ذلك فهم رؤساء لطوائفهم فقط ، يباشرون من شؤونهم ما ليس من ولاية الحكم ، ليس لهم من هذه الولاية شىء إلّا ما يمنحهم ولىّ الأمر بنصّ صريح ، وبإذن مستمدّ منه . وما عدا ذلك فهو عدوان على السلطة الشرعية ، وعمل باطل لا يجوز إقراره ، وإن أقرّته بعض المحاكم ، ونفّذته بعضُ الوزارات .

وهذه القاعدة الصحيحة شُرِطَتْ شرطاً صريحاً فى أوامر الدولة العثمانية لهذه

---

(١) استقل الخديو العظيم « إسماعيل » رحمه الله ، عن الدولة العثمانية فى وضع القوانين ، فكانت قوانين الدولة لا تسرى فى مملكته ، وقد جاء فى الفرمان الموجه إليه فى (١٣ ربيع الآخر سنة ١٢٩٠ — ٨ يونية سنة ١٨٧٣) : « فقد أعطينا لكم الرخصة الكاملة فى إعمال قوانين ونظامات داخلية على حسب لزوم المملكة » .

(تاريخ الدولة العلية لفريد بك ص ٣٠٧ من الطبعة الثالثة)

الطوائف ، فنرى مثلاً لذلك ما أمرت به الدولة فى شأن بطرق الأرمن الأرثوذكس وحقوق البطرقية ومجالسها ، المنشور بقاموس الإدارة والقضاء (ج ٥ ص ٤٢ — ٥٥) ففى المادة الأولى اشتراط أن يكون البطرق « من تبعة الدولة العلية الأصليين ولو عن أب على الأقل » . وفى المادة الثانية أنه إذا توفى البطرق أو استقال انتخب المجلسان الروحانى والجسمانى غيره قائماً مقامه « و يستدعيان من الباب العالى المصادقة عليه ». ثم بيَّنَتْ كيف يُنتخب البطرق الجديد. ثم جاء فى المادة الثالثة ما نصه: « عند ما ينتهى أمر الانتخاب يتحرر محضر ويمضى عليه من طرف الحاضرين بالمجلس ، ثم يتقدم إلى الباب العالى بواسطة القائمقام الموما إليه ، و يصير تعيين البطريرك ونصبه متى وافق ذلك الإرادة السنية ، على الوجه الذى كان يجرى منذ القديم » . فاشتراط صدور الأمر من ولىّ الأمر بتعيين البطرق وتعيين من يقوم مقامه عند وفاته أو استقالته ، صريح فى هذه الموادّ ، وهو الأمر الطبيعىّ المعقول ، حتى تكون له صفة رسمية ، تصحح ما يعهد به إليه من سلطة وعمل . وكذلك اشترطت المادتان (٢٥ و ٣٧) فى أعضاء المجلسين الروحانى والجسمانى أن « يصير تعيينهم ونصبهم بموجب إرادة سنية » .

فهل المجالس التى لم تصدر قوانين باعتمادها ، تَحَقَّق فى رئيسها وأعضائها شرطُ التعيين بإرادة سنية ، يستمدون منها سلطة الحكم والقضاء ، لو سلمنا أن الخط الهمايونى والتحريرات السامية لا يزال العمل بها قانونياً فى بلادنا ، وأنها لا تزال لها الصفة التشريعية عندنا إلى الآن ؟ !

٢ — ثانياً : إذا سُلِّمَ جدلاً أن المحاكم الشرعية غير مختصة بنظر قضايا الطوائف التى يعتمد مجلسها بقانون ، ثم حكمت بينهم فى قضية حكماً نهائياً ، أو إذا أخطأت محكمة شرعية فرفضت الدفع بعدم الاختصاص فى قضية من قضايا الطوائف التى اعتُمد مجلسها بقانون ، وحكمت فيها ثم صار حكمها نهائياً : أيكون حكماً صادراً من هيئة لا ولاية لها فى إصداره ، فلا يحوز قوة الشىء المحكوم فيه ، و يعتبر معدوم

الأمر قانوناً ؟ أو بتعبير أدقّ : هل الاختصاص الطائفى بالنسبة للمحاكم الشرعية من النظام العامّ ؟

لأن هذا البحث فى الحقيقة مناطُ الحكم المستعجَل ، فقد قالت المحكمة فى أسبابه : « إن الأحكام الشرعية لها كلّ ما للأحكام من قوة ونفاذ ، وأنها تعتبر عنواناً للحقيقة فيما تقضى به متى أصبحت انتهائية ، وليس لهيئةٍ مّا سلطانٌ عليها ، وأنها لا تقلّ فى هذا الشأن عن أحكام أية هيئة قضائية أخرى . وإنما مناط ذلك دائماً — وشأنها فى هذا شأن أحكام الهيئات الأخرى — أن تكون قد صدرت فى حدود ولايتها المخوّلة لها من ولىّ الأمر ، إذ لها حقّ تخصيص القضاء . ولكن فات محكمة الأزبكية الشرعية أن تقيم الحدّ الفاصل بين ما يدخل فى حدود الولاية أو الوظيفة (كذا) و بين ما يخرج منها ، وما مدى ارتباط ذلك بالنظام العامّ ، وما أثره فى قوة الحكم إن لم يصدر فى نطاق هذه الولاية » ؟

« فمن الأصول الثابتة فى جميع النظم القضائية — فى مصر كما فى غيرها — أن الحكم الصادر من هيئة لا ولاية لها به ، لا يحوز قوة الشىء المحكوم فيه ، بل يعتبر معدوم الأثر قانوناً ، متى كان الفصل فى حدود الولاية متعلقاً بالنظام العامّ ، وأما إذا صدر من محكمة لها ولاية الحكم فى المادة ، فإنه يحوز تلك الحجية متى أصبح انتهائياً ، حتى ولو صدر من محكمة غير مختصة ، بشرط أن يكون الاختصاص غير مرتبط بالنظام العامّ » .

هذا ما قالته المحكمة فى ذلك . وأنا أوافقها عليه كلمةً كلمةً ، إلاّ القول بأنه فاتنى أن أقيم الحدّ الفاصل بين ما يدخل فى حدود الولاية و بين ما يخرج منها !! فإن ذلك لم يَفتنى قط ، ولكنه لم يكن موضوع بحثٍ أمامى فى القضية .

ثم قالت المحكمة فى أسباب الحكم المستعجل : « إن من الثابت فقهاً وقضاء أن الهيئات القضائية ذات الوظيفة الخاصة (كذا) إنْ تجاوزت حدودَ ولايتها ،

فأصبحت أحكامُها غير حائزة لقوة الشيء المحكوم فيه ، فإنه يجوز بهذه المثابة الطعن فيها أمام المحاكم المعتبرة — بحسب أوضاع التشريع — محاكم القانون العامّ ، باعتبارها أحكاماً غير قائمة قانوناً . فيجوز أن يُطلب إليها التقرير باعتبارها معدومة الأثر قانوناً إما بصفة أصلية ، أو بالدفع بذلك فى دعوى منظورة أمام المحاكم المذكورة . وقد طبقت محكمة استئناف مصر (دوائر مجتمعة) هذا المبدأ بمناسبة قرارات لجان تخفيض الايجارات ، كما طبقته المحاكم الأهلية والمختلطة بخصوص الأحكام الصادرة من جهات الأحوال الشخصية ، كالمحاكم الشرعية والمجالس الملية ، وجعلت من مهمتها مراقبة ما إذا كانت أحكام الهيئات السالفة قد صدرت فى حدود الولاية القضائية الخاصة الممنوحة لها ، أم أنها تعدتها وقضت فيما لا ولاية لها فيه » .

ونحن نخالفه فيما ذهب إليه ، فإنه بُنى على أن المحاكم الشرعية من الهيئات ذات الولاية الخاصة كالمجالس الملية ، ولم يقل بهذا أحد . فإن ولاية المحاكم الشرعية ولاية عامة فيما أذن لها بالحكم فيه ، وقانونها ، وهو الشريعة الإسلامية ، شريعةُ الأمة كلها وشريعة الدولة ، وغيرُها من الأديان قائم فى حمايتها وتشريعها . ولذلك قالت إحدى المحاكم الأهلية ، تقريراً لهذا المبدأ فى حكمها : « لما كانت الشريعة المسيحية شريعة خصوصية واستثنائية فلا يعمل بها فيما بين المسيحيين فى تقسيم التركات إلاّ إذا اتفق الورثة جميعاً على قبول العمل بها . فمتى اختلف أحد منهم تحتم الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ، التى تعتبر دائماً شريعةً عامة ، يعامل بها الأهالى جميعاً ، مهما كانت دياناتهم وكان مذهبهم » . (انظر الفهرس العشرية الأولى للمجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية فى الفقرة ١٤٥) .

وقد بيّنّا عمومَ سلطة المحاكم الشرعية فيما جُعل من عملها فى الأحوال الشخصية والمواريث ، فى الحكم الأول (ص ١٠) . ويظهر أن القائلين بأنها محاكمُ ذاتُ ولاية خاصةٍ فاتَهم الفرقُ بين الولاية الخاصة فى نوع القضاء والعمل ، و بين الولاية الخاصة فى الأشخاص. فالمجالس الملية ذاتُ ولاية خاصة على الأشخاص التابعين لطائفة المجلس،

مع شرط تبعية الخصمين له ، والمحاكم المختلطة ذاتُ ولاية خاصة على الأجانب وعلى الأهالى (الرعايا المصريين) فى معاملتهم مع الأجانب . فإذا تعدّى المجلسُ الملىّ اختصاصَه ، أو تعدّت المحكمةُ المختلطة اختصاصها ، كان عملهما خارجاً عن نطاق ولايتهما ، فلم يحز الأثر القانونىّ له ، ولم يحز قوة الشىء المحكوم فيه . ومع ذلك ، فإن المحاكم المختلطة ، لاستنادها إلى النفوذ الأجنبىّ ، وكان متغلباً فى الدولة ، كانت تتعدى اختصاصَها ، وتحكم فى قضايا كثيرة بين وطنيين ، ليس فيها عنصر أجنبىّ ، بادعاء النظر إلى الصالح الأجنبى ، وكانت المحاكم الأهلية تارة تخضع لها ، وتارة تقاومها ، وفى كل الحالات تتغلب المحاكم المختلطة بقوتها فى التنفيذ ، إلى أن قُيدت أخيراً بمعاهدة مونترو . والمحاكم الجزئية الشرعية لها ولاية خاصة فى نوع العمل والقضاء ، فإذا تجاوزته كان مخالفاً للنظام العامّ ، مَثَلُها فى ذلك مَثَلُ غيرها من المحاكم الأهلية سواء بسواء ، كالمحاكم الجنائية ، ليس لها سلطة الفصل فى المسائل المدنية إلّا ما كان تابعاً للقضية الجنائية ، فإذا حكمت محكمة جنائية فى قضية مدنية بحتة ، كان عملها باطلاً لا يحوز قوة الشىء المحكوم فيه ، ولكنها لا تُسمّى هى ولا المحاكمُ الشرعيةُ « محاكمَ استثنائيةً » لعموم سلطانها على الأشخاص فيما عُهد إليها الحكمُ فيه . ويظهر لى أيضاً أن القائل بأن المحاكم الشرعية محاكمُ استثنائية لم يقرأ قانونها أو لم يتقن درسَه .

والمسائل المتعلقة بالنظام العامّ لا يجوز الاتفاق بين طرفى الخصومة على مخالفتها ، كما هو معروف بديهىّ . ومما لا خلاف فيه أن الخصمين التابعَين لمجلس ملىّ معترف بوجوده إذا تقاضيا أمام المحكمة الشرعية ، ولم يدفع واحد منهما بعدم الاختصاص ، كان القضاء بينهما صحيحاً ، فى حدود ولاية المحكمة الشرعية ، وكان حكمها حائزَ الأثر قانوناً ، وحائزاً قوة الشىء المحكوم فيه ، بل لم يكن لواحد منهما أن يدفع بعدم الاختصاص أمام محكمة الاستئناف ، بعد أن رضى بالكلام فى الموضوع أمام المحكمة الابتدائية . فليس هذا الدفع إذن من النظام العامّ بالنسبة للمحاكم الشرعية ،

ولا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها . أما بالنسبة للمجلس الملىّ فإنه من النظام العامّ قطعاً ، لأن المجلس المعترَفَ به حُدِّدَت ولايته بالحكم بين أتباعه فقط ، فإذا تقاضى مسلم ومسيحىّ أمام المجلس الملىّ ورضيا بقضائه رضاً صريحاً ، كان حكمه باطلاً وغير حائز قوة الشىء المحكوم فيه ، لفقد الهيئة التى فصلت فيه ولايةَ الحكم فى هذه الحال . وأظن أن هذا الذى قلنا من البديهيات القضائية التى لا يشكُّ فيها أحدٌ درس القوانين أو مارس القضاء .

ونذكر مثالاً يشبه هذا كل الشبه : لم يكن للمحاكم الأهلية ولايةٌ على الأجانب ، فكانت ملزمة بالحكم بعدم الاختصاص — ولو من تلقاء نفسها — إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ، وكانت المحاكم المختلطة لا تعترف بحكم يصدر من المحاكم الأهلية إذا كان فيه مساس بصالح أجنبى ، ولا تعتبره حائزاً قوة الشىء المحكوم فيه ، إذ تعتبر هذا من النظام العامّ . ثم جاءت معاهدة مونترو فغيّرت ذلك ، فنصت فى المادة (٢٦) من لائحة التنظيم القضائىّ للمحاكم المختلطة على أنه « تختص المحاكم المختلطة بالنظر فى كل المنازعات المدنية والتجارية ، سواء بين الأجانب ، أو بين الأجانب والأشخاص الخاضعين لقضاء المحاكم الأهلية . على أن المحاكم الأهلية تكون مختصة بالنظر فى هذه المسائل بالنسبة لكل أجنبىّ يقبل الخضوع لقضائها . ويجوز أن يستفاد هذا الخضوع من شرط صريح يخوّلها هذا الاختصاص ، أو : أولاً : من أن الأجنبى نفسه رفع الدعوى أمام المحكمة الأهلية ، أو : ثانياً : من أنه لم يدفع بعدم اختصاصها قبل صدور الحكم فى دعوى حضر فيها بصفته مدعى عليه أو خصماً ثالثاً . » فأخرج هذا الدفع من النظام العامّ — بعد أن كان منه — بالنصّ على جواز الاتفاق على ما يخالفه . وصار شأنُ المحاكم الأهلية بالنسبة للأجانب شأنَ المحاكم الشرعية بالنسبة لغير المسلمين الذين لهم مجلس ملىّ قانونىّ معترف به .

٣ — ثالثاً : أيجوز لمحكمة أخرى ، أهلية أو مختلطة ، أن تعيد النظر فى موضوع صدر فيه حكم نهائىّ من محكمة شرعية ، حتى مع فرض أن المحكمة الشرعية تجاوزت فيه حدود ولايتها واختصاصها ؟

أمّا رجال القانون أو أكثرهم فيقولون : نعم ، وأمّا نحن والقانونُ نفسُه فنقول : لا .

إن إعادة النظر فى الأحكام . على أىّ صورة صُوِّرَتْ ، لا يمكن أن تكون إلّا بالطرق التى رسمها لها القانون . ومن البديهيات القضائية أن لا اختصاص إلّا بنصٍّ . وقد رسمت لائحةُ المحاكم الشرعية الطرقَ التى يُطعن بها على الأحكام ، وحدَّدت حدودَها ، ووَقَّتت مواقيتَها ، ثم وَضعت حدّاً الفصل لنهائية الحكم ، وأمرت أن يُذيَّل بصيغة التنفيذ ، فى هذه الحال ، وفى حال شموله بالنفاذ المؤقت وجوباً أو جوازاً ، ولم تذكر من طرق إعادة النظر ، ولم تشرط فى وجوب تنفيذ الأحكام ، أن يُعرض الأمر أو الحكم مرة أخرى على المحاكم الأهلية ، أو على المحاكم المختلطة ، أو على أقلام قضايا الحكومة ، بل جعلتها أحكاماً تامة كغيرها من أحكام المحاكم الأهلية أو المختلطة . ولائحةُ المحاكم الشرعية قانون صادر من ولىّ الأمر ، كقانونى المرافعات الأهلىّ والمختلط ، كلُّها فى درجة واحدة من وجوب الطاعة والاتّباع . فمن أين جاء لجهة من هذه الجهات أن تدعى لنفسها سلطاناً لم يكن لها ، تخالف به أحد هذه القوانين ، فتزعم أن من حقها إعادة النظر فى حكم نهائىّ صدر من جهةٍ غيرها ؟!

وقد ذكرنا فى الحكم الأول (ص١٥ — ١٩) أن لائحة ترتيب المحاكم الأهلية نصت فى المادة (٨٠) على إنشاء لجنة خاصة لنظر تنازع الاختصاص بين المحاكم الشرعية والمحاكم الأهلية ، وأن المادة (٨٥) منعت من رفع دعوى تنازع الاختصاص بشأن حكم صادر فى قوة حكم انتهائى . فإذا كانت اللجنة العليا ، التى أعطاها القانون سلطة الفصل فى تنازع الاختصاص بين المحاكم الشرعية والأهلية ، لا يجوز لها أن تنظر فى الأمر إذا صدر فيه حكم نهائى ، أفيجوز لأحد الطرفين ، أن ينظر فيه ويفصل ويحكم لنفسه بالاختصاص ؟ ! ما أظن هذا شيئاً منطقياً ، بل هو عمل باطل ، بأن لّا اختصاص إلّا بنصٍّ ، ولم يوجد ، وبأنه وُجد المانع ، وهو نصُّ القانون ، بقياس الأَوْلى .

نعم ، قد تخطىء بعض المحاكم الشرعية ، وقد تخطىء بعض المحاكم الأهلية ، وقد تخطىء بعض المحاكم المختلطة ، فتتعدى حدود ولايتها ، وتحكم فيما لم يؤذن لها بالحكم فيه ، ولكن القوانين التى وضعت لهذه الهيئات القضائية لم تنص على سلطة معينة للفصل فى هذا الخطأ ، ولعلها اكتفت بالضمانات التى وضعت فيها ، لطرق إعادة النظر من معارضة واستئناف والتماس و إشكال فى التنفيذ . ومن المسلّم به المبنىّ على المشاهدة والتجارب، أن هذه الضمانات غير كافية فى كثير من الأحوال ، ولكن النقص فى التشريع لا يعالج بأن تتوسع بعضُ المحاكم فى التأويل ، فتعطىَ لنفسها اختصاصاً لم يكن لها ، وتخالفَ سائر القوانين مخالفة واضحة ، فتعيدَ النظر فى أحكام لم تُمنح سلطة إعادة النظر فيها . ثم هو لا يعالج أيضاً بأن يفصل وزيرٌ من وزراء الدولة فى الاختصاص، فيمنعَ تنفيذ بعض الأحكام ، بحجة أن المحكمة التى أصدرتها غير مختصة بها ، لأن علاج النقص فى التشريع لا يكون بأن يمنح المعالج نفسه سلطةً لم تكن له ، تقاوم سلطة الأحكام وحُجِّيَّتها . وإنما العلاج الصحيح أن يكمل النقص بتشريع جديد . وما عدا ذلك فما هو إلّا تجاوزٌ من السلطة القضائية لحدود ولايتها ، وتجاوزٌ من السلطة التنفيذية لحدود ولايتها ، واعتداء من كل منهما على عمل السلطة التشريعية .

وليس هذا بالنقص الوحيد فى القوانين ، فمن مُثُل ذلك ، و إن كان وقوعه نادراً أو قليلاً : أن المادة (٢٧٩) من قانون المحاكم الشرعية تنص على أنه « يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التى بنيت عليها ، وإلاّ كانت ملغاةً » . ومثل هذا النصّ موجود فى قانون المرافعات الأهلىّ . فإذا صدر حكم من آخر درجة من درجات القضاء ، أو من درجة قبلها وصار نهائياً ، ولم يذكر فيه أسبابه ، كان ملغًى بنص القانون ، ولكن لم ينص فى القوانين على الجهة التى تحكم بذلك ، وصار واجب النفاذ ، وليس لأىّ محكمة أخرى أن تتأوّل القانون فتمنح نفسها سلطة الإبطال ، و إن كان الحكم باطلاً بنصّ القانون .

٤ — رابعاً : أمِنْ سلطة قاضى الأمور المستعجلة أن يقف تنفيذ حكم شرعىّ ؟

بينّا فى الوجه السابق أن إعادة النظر فى الأحكام لا تكون إلّا فى حدود القانون، وأن المحاكم الأهلية وغيرها لم تمنح سلطة إعادة النظر فى أحكام المحاكم الشرعية . وقاضى الأمور المستعجلة ليس له اختصاص أوسع من اختصاص المحاكم التى هو قاضٍ فيها ، و إنما عمله أن ينظر فى المسائل التى تستدعى نظراً عاجلاً .

ولم يصْدر قانون خاصّ بالقضاء المستعجل يحدِّد اختصاصَه ، ولكنه جهة من جهات المحاكم الأهلية ، ودائرة من دوائرها ، عُهد إليه بعمل من أعمالها ، فله أن يقدر فى كل مسألة ظروفها ، و يقدر أهى من النوع المستعجل أم لا ، وعمله بالنسبة للأحكام القضائية هو النظر فى الإشكال فى تنفيذها . فليس له أن يتعدى حدود ولاية المحاكم الأهلية ، ولا ولاية لها على أحكام المحاكم الشرعية . وقد نصّ قانون المحاكم الشرعية على هذا النوع نفسه من القضاء المستعجل فيها ، فوضع فيه باب خاصّ بالإشكال ، ونص فى المادة (٣٥١) على أن الإشكال المتعلق بالإجراءات الوقتية يرفع إلى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محل التنفيذ ، والمتعلق بأصل الدعوى يرفع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم . فقد رَسَم قانون المحاكم الشرعية طريقاً خاصّاً لنظر الإشكال فى التنفيذ ، كالموجود فى قوانين المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة ، فالنصُّ فى هذا المقام فى القانون على طريق نظر الإشكال ، قاطع فى منع أىّ جهة أخرى من التعرض لنظره ، سواء أكانت جهة قضائية أخرى ، أم لجنة إدارية ، أم سلطة تنفيذية .

ولذلك كان قاضى الأمور المستعجلة فى المحاكم الأهلية غير مختص بنظر إشكالات التنفيذ الحاصلة فى الأحكام الصادرة من المحاكم المختلطة ، أو فى الحكم بإجراءات وقتية تحفظية على أموال وحقوق لا يدخل فى وظيفة المحاكم الأهلية الحكم فيها[1] . وهذا لأن المحاكم المختلطة لها نظام خاص فى نظر الإشكالات منصوص عليه فى قانونها ، كمثل ما هو فى المحاكم الشرعية سواء بسواء ، والتفرقة بين النوعين تفرقة بغير دليل .

---

(١) كتاب قضاء الأمور المستعجلة للأستاذ محمد على راتب بك (ص ٥٨)

وبعد : فليس لهذا الاضطراب والقلق فى شؤون القضاء ، وهو موئل الناس فى أموالهم وأعراضهم ، إلّا علاج واحد ، سأقول كلمتى فيه واضحةً صريحةً ، وأرجو أن لا تُؤَوَّل إلى غير ما تدلّ عليه .

ولا أدرى أتُغضب رجالَ القضاء ورجالَ القانون من الشرعيين والأهليين ، أم تُرضيهم ، أم ترضى بعضاً وتغضب بعضاً ؟ ولكنّى سأقولها ، لا أخشى غضباً ، ولا أرجو رضاً ، إلاّ من الله وحده .

ذلك أن نعمل بجدٍ وحزم وجرأة ، مع حكمة وأناة ، فى سبيل توحيد القضاء ، بمزج القضاءين ، الشرعىّ والأهلىّ ، فى هيئة واحدة ، على قدم المساواة والعدل بين الفريقين ، ليكمل كلٌّ منهما ما فى الآخر من نقصٍ ، كما قلتُ فى محاضرة (يوم الخميس ٦ ربيع الأول سنة ١٣٦٠ — ٣ أبريل سنة ١٩٤١) أوجه القول إلى رجال القانون : « أنتم أعلم بأسرار القوانين منّا ، ونحن أعلم بالكتاب والسنة وأسرار الشريعة منكم ، فإذا تعاونّا أخرجنا أبدع الآثار » . وليكون هذا تمهيداً لتعديل القوانين كلها ، على أساس الشريعة الإسلامية ، بالطريق الذى رسمته فى محاضرتى . فتُحكم الأمةُ كلها بقانونٍ واحد ، وبقاضٍ واحد .

وهذه إشارة موجزة ، أرجو أن أوفَّق إلى ذكر تفاصيلها ، والعمل على تنفيذها ، إذا سنحت الفرصة ، وكان فى العمر سعةٌ ، إن شاء الله .

٣ — حكم

حكم المحاكم الأهلية بنفقة غير ملزم للمحكوم عليه ، لأنها ممنوعة من الحكم بذلك فى المادة (١٦) من لائحة ترتيبها .

الأربعاء ٨ ربيع الثانى سنة ١٣٥٩ — ١٧ مايو سنة ١٩٤٠
محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر
القضية رقم ٨١٨ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠

الوقائع

ادعى المدعى أن المدعى عليها كانت زوجاً لابن عمه المتوفى . . . ورزقت منه بالبنت . . . وأنه اتفق مع المدعى عليها على ٢٠ قرشاً صاغاً شهريًا لنفقة البنت ، وأن المدعى عليها استصدرت حكماً من محكمة الأزبكية الأهلية فى ١٦ يناير سنة ١٩٤٠ فى القضية رقم ٣٤١٢ سنة ١٩٣٩ بإلزامه بأداء النفقة المذكورة من أول سبتمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر يناير سنة ١٩٤٠ وما يجدُّ بعد ذلك ، وأن هذا الاتفاق بينهما غيرُ ملزِمٍ له شرعًا ، وأن حكم المحكمة الأهلية بذلك باطل . وطلب الحكم على المدعى عليها بعدم التعرض له بهذا الحكم ، وبراءةَ ذمته من المتجمد المحكوم به من المحكمة الأهلية ، وقدره ٣١٠ قروش . والحاضر مع المدعى عليها دفع الدعوى بعدم السماع ، لأن الحكم صدر من هيئة قضائية ، وأن المحكمة الشرعية لا تملك إلغاءه . وقررت المحكمةُ ضمَّ القضية الأهلية للاطلاع عليها ، وضُمَّتْ فعلاً .

المحكمة

من حيث إنه تبين من ملف القضية الأهلية أن المدعى هو وأخوه كتبا اتفاقاً مع المدعى عليها ، يتعهدان فيه بأن يؤدىَ كل منهما المدعية عشرين قرشاً شهريًا من أول مايو سنة ١٩٣١ نفقة بنتها . . . وأن المدعى عليها رفعت الدعوى الأهلية على المدعى ، وحُكم فيها من محكمة الأزبكية الأهلية بإلزامه بمبلغ ٣١٠ قروش (وإن كان الحساب الصحيح يقضى أن يكون المبلغ ٣٤٠ قرشاً لأن المدة من أول سبتمبر

سنة ١٩٣٨ لغاية آخر يناير سنة ١٩٤٠ — ١٧ شهراً فى ٢٠ قرشاً) وألزمته المحكمة الأهلية أيضاً بأداء « ما يستجدّ من النفقة من أول فبراير سنة ١٩٤٠ ، بواقع ٢٠ قرشاً شهريّا » .

ومن حيث إن هذا الحكم من المحكمة الأهلية بالنسبة لمبلغ الثلاثمائة قرش والعشرة قروش التى صدر بها الحكم ، سواء أكان صحيحاً أم باطلاً ، وسواء أكان فى حدود اختصاصها أم لم يكن ، فإنه حكم محترم واجب النفاذ ، وقد اكتسبت المحكوم لها به حق قوة الشىء المحكوم فيه ، ولا تملك أىّ جهةٍ إبطاله أو وقفَ تنفيذه .

ومن حيث إن الحكم المذكور فيما يجدّ من النفقة من أول فبراير سنة ١٩٤٠ ، إنما هو فى الحقيقة حكم بفرض نفقة ، أو بالأمر بأدائها ، وهذا مما مُنِعت المحاكم الأهلية من نظره صراحة فى المادة (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، فهو حكم غيرُ ملزِمٍ ، لأنه صدر من جهة لا تملك إصداره ، فلم تكن له صفة الحكم القطعىّ الملزِم . (انظر المرافعات لأبى هيف ص ١٥٤ — ١٥٦) .

ومن حيث إن الفرق بين هذا المبلغ و بين المبلغ المعيَّن المحكوم به أن ذلك المبلغ حكمت به المحكمة الأهلية من غير أن تصفه بأنه نفقة ، فإن منطوق الحكم « إلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مبلغ ٣١٠ ثلثمائة وعشرة قرشاً والمصاريف المناسبة » فهذا كأنه بمثابة دَين ألزمته به المحكمةُ فعلاً .

ومن حيث إن البنت المحكوم لها بالنفقة إنما هى بنت ابن عم المدعى ، كما ثبت ذلك من اعتراف المدعى عليها ومن الأوراق التى فى القضية الأهلية ، وهذه القرابة لا تجب بها النفقة شرعًا ، والتزامُ المدعى عليه بها إنما هو التزامُ ما لا يلزم ، بل هو تبرعٌ صرفٌ ، يملك الرجوع عنه فى أىّ وقتٍ .

لذلك

حكمنا للمدعى على المدعى عليها بعدم مطالبته بما التزم به من نفقة بنتها . . . ابتداء من أول فبراير سنة ١٩٤٠ ، وقررنا رفض ما عدا ذلك من الطلبات حضوريا .

٤ - حكم

القاصر يتبع أباه فى التجنس بالجنسية المصرية ، إلا إذا كانت إقامته العادية فى الخارج وبقيت له جنسيته الأجنبية بمقتضى تشريع ذلك البلد .

المحاكم المختلطة ليس لها اختصاص فى دعوى أب تجنس بالجنسية المصرية على ابنتـه التى تبعته فى هذا التجنس بمقتضى القانون .

القانون الواجب تطبيقه فى دعاوى الضم هو قانون الأب وهو هنا الشريعة الاسلامية .

إسلامُ الأب لا يستتبع حكماً إسلامَ أولاده البالغين ، ولا إكراه لأحد عليهم فى ذلك فى حماية الإسلام .

البلوغ فى المسائل الشرعية يعرف بالبلوغ المفهوم ، أو بإتمام ١٥ سنة هجرية . وفى المسائل القانونية يعتبر بإتمام ٢١ سنة ميلادية .

الأب المسلم ليس عاصباً لبنته البالغ التى لم تتبعه فى الإسلام ، فلا حق له فى طلب ضمها إليه .

الأربعاء ٢٣ جمادى الأولى سنة ١٣٦٠ — ١٨ يونية سنة ١٩٤١

محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر

القضية رقم ٧٠ سنة ١٩٤٠ — ١٩٤١

الوقائع

طلب المدعى الحكم بضم بنته المدعى عليها إليه ، ليتولى شؤونها ، لأنها بكر خالية من الأزواج ، وجميلة يخشى عليها الفتنة . ووكيل المدعى عليها دفع الدعوى بعدم اختصاص المحكمة بنظرها ، لأن الفصل فيها يرجع إلى المحاكم المختلطة ، فإن المدعى حين تزوج والدة المدعى عليها كان إيطالىّ الجنسية ، والقانون الواجب تطبيقه هو القانون الإيطالى ، والمادة (٢٧) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة تنص

على اختصاصها فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية إذا كان القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً ، والمادة (٢٩) جعلت الرجوع إلى قانون بلد الزوج وقت عقد الزواج فى المسائل الخاصة بعلاقات الزوجين بما فيها التفريق والطلاق ، إلى آخره ، وأن والدة المدعى عليها رفعت على المدعى دعوى تفريق ، وطلبت فيها الاحتفاظ بضم بنتها المدعى عليها إليها ، وفى أثناء السير فى القضية ، ووفقاً للمادة (٨٢٨) من قانون المرافعات المختلط ، طلبت من رئيس المحكمة أن يأمر بضم البنت ويقرر لها نفقة ، إلى أن يفصل فى الموضوع ، وصدر أمره بذلك فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، وأن مثل هذا الأمر غير قابل للطعن بحكم المادة المذكورة ، وأن ضم الأولاد إلى أحد الوالدين فى دعاوى التفريق من ملحقات هذه الدعاوى ، طبقاً للمادة (١٥٣) من القانون المدنى الإيطالى ، إذ جاء فيه « إن المحكمة التى تحكم بالتفريق تقرر إلى أىّ الوالدين يضم الأولاد ومن يقوم بنفقتهم وتربيتهم وتعليمهم » . وقدم وكيلها ترجمةً غير رسمية لقرار رئيس محكمة مصر المختلطة بالنيابة ، بصفته قائماً بأعمال الرئاسة ، طبقاً للمادة (٢٧) من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة ، ووفقاً لنص المواد (١٤٣ ، ١٤٥) من القانون المدنى الطليانىّ ، وقد تضمن القرار أنه بعد الاطلاع على المادة (٨٢٨) من قانون المرافعات المختلط أمر بأن تضم القاصرة إلى والدتها ، لحين الفصل فى دعوى الفرقة الموضوعية ، إلى آخر القرار ، وهو مؤرخ فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٠ . ووكيل المدعى وافق على صدور القرار المذكور وإن لم تُقَدَّم منه صورة رسمية ، وترافع بمذكرةٍ فى الردّ عليه وعلى الدفع بعدم الاختصاص ، تضمنت أن المدعى تجنس بالجنسية المصرية بمرسوم صدر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ ، وقدم صورة شمسية لشهادة رسمية من وزارة الداخلية ، مؤرخة ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ ، تضمنت صدور المرسوم بذلك فى ٧ فبراير سنة ١٩٣٨ ، وتضمنت مذكرته أيضاً أن المدعى أسلم فى سنة ١٩٤٠ ، وأن بنته المدعى عليها صارت مصريةً مسلمةً تبعاً له ، فالمحكمة الشرعية هى المختصة بنظر الدعوى ، طبقاً لنصوص معاهدة منترو ولائحة تنظيم

المحاكم المختلطة ، إلى آخر ما جاء بها . وقدم إشهاداً من محكمة مصر الابتدائية الشرعية فى ٢٢ ربيع الثانى سنة ١٣٥٩ الموافق ٢٩ مايو سنة ١٩٤٠ بإسلام المدعي ، ووثيقة طلاق المدعى لوالدة المدعى عليها فى اليوم نفسه طلاقاً مكملا للثلاث . وصمم الطرفان على أقوالهما ، وترافعا بما هو مدون بالمحضر . ثم تقرر ضم الدفع بعدم الاختصاص للموضوع ، فأجاب وكيل المدعى عليها بمذكرة تضمنت أن موكلته بنت المدعى من زوجته ، ولدت فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ ، وقدم شهادة ميلادها ، وأنهما كانا مسيحيين ، وعمّدا البنتَ ، وأنها هى وأمها لم تغيرا دينهما ، وأن إسلام المدعى فى ٢٩ مايو سنة ١٩٤٠ إنما حصل بعد أن بلغت المدعى عليها بالسنّ و بالحيض معاً ، وأن سنها وقت إشهاد الإسلام بلغ ستة عشر عاماً وزيادة ، وأنها لم تَتْبَعْه فى إسلامه بمقتضى القواعد الإسلامية ، فلا ولاية له عليها ولا عصوبة ، لأن العصوبة شرطها اتحادُ الدين ، وذكر النصوصَ المؤيدة لرأيه ، وطلب رفض الدعوى . وردَّ وكيل المدعى بمذكرة تضمنت أن غرض المدعى فى هذه الدعوى النظر لمصلحة بنته ، لينشِّئَها تنشئةً إسلاميةً ، وأنها مسلمة تبعاً لأبيها ، وأن من حق القاضى أن ينزع الصغير من أهل الكفر ما دام فى سنّ يخشى عليه فيه من الإيلاف ، وأن النصَّ الفقهىَّ القاضىَ بضم البكر لأبيها عامٌّ ، يشمل المسيحية والكافرة ما دام الأب مسلماً ، وأن الصغير يسلَّم للعاصب بعد تجاوز سن الحضانة ، وأن مدار الحضانة على نفع المحضون ومصلحته ، وأن المدعى أمين عليها ، وأن من المصلحة الظاهرة أن يقوم على تربية ابنته ، حفظاً لها من أخطار هذا العصر .

المحكمة

من حيث إن الثابت من المرافعات والأوراق أن المدعى كان إيطالياً ، وأنه تجنَّس بالجنسية المصرية وصدر مرسوم بمنحه ذلك فى ٦ ذى الحجه سنة ١٣٥٦ الموافق ٧ فبراير سنة ١٩٣٨ ، وليس من موضوع هذه القضية البحث فى جنسية

مطلّقته أمّ المدعى عليها ، سواء أتبعته فى التجنس بالجنسية المصرية أم احتفظت بجنسيتها الأصلية فى ظرف سنة من تاريخ تجنسها ، بمقتضى المادة (١٥) من قانون الجنسية المصرية ، ولكن موضع البحث جنسية بنته المدعى عليها .

ومن حيث إن شهادة ميلادها دلت على ولادها فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ الموافق آخر ربيع الثانى سنة ١٣٤٣ ، فكان عمرها حين تجنُّسِ أبيها ثلاثة عشر عاماً وشهرين وعشرة أيام بالسنين الإفرنجية ، وثلاثة عشر عاماً وسبعة أشهر وستة أيام بالتاريخ الهجرى ، فكانت حين تجنسه قاصراً فى نظر الشريعة وفى اعتبار القوانين الوضعية ، والقِصَر والبلوغ فى المسائل الخاصة بالقوانين الوضعية إنما يعتبر فيهما تمام الحادية والعشرين من السنين الميلادية .

ومن حيث إن المادة (١٦) من قانون الجنسية المصرية نصت على أن « الأولاد القصر للأجنبى الذى تجنس بالجنسية المصرية يصيرون مصريين ، إلّا إذا كانت إقامتهم العادية فى الخارج وبقيت لهم بمقتضى تشريع البلد الذين هم تابعون له جنسيتُهم الأجنبية » . انظر كتاب القانون الدولى الخاص المصرى للدكتور حامد زكى (ص ٥٤٣) . ولم يتحقق الشرط المستثنَى فى المدعى عليها ، فصارت مصرية الجنس قانوناً ، تبعاً لأبيها المدعى ، وتحقق أن طرفى الخصومة فى هذه الدعوى مصريان ، ليس فيهما عنصر أجنبىّ .

ومن حيث إن المادتين (٢٦ و ٢٧) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة حَدَّدتا اختصاصَ تلك المحاكم « بالنظر فى كل المنازعات المدنية والتجارية ، سواء بين الأجانب أو بين الأجانب والأشخاص الخاضعين لقضاء المحاكم الأهلية »، و « بالنظر فى المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية فى الأحوال التى يكون القانون الواجب التطبيق فيها طبقاً لأحكام المادة (٢٩) هو قانون أجنبى » . فهذا التحديد فى اختصاصها سبيلُه سبيلُ الحصر ، لا يجوز تجاوزه ولا الاستثناء فيه ولا القياس عليه ، سواء أطَبَّقْنا فى ذلك قواعدَ الشريعة الإسلامية ، باعتبار المدعى

عليها بالغاً ، وقد تجاوزت الآن الخامسة عشرة من عمرها ، فتخاصم بنفسها فى مسائل الأحوال الشخصية ، أم اعتبرنا القوانين الوضعية ، باعتبارها قاصراً لم تتجاوز الحادية والعشرين ، فيمثّلها فى الخصومة وصىُّ خصومةٍ أيًّا كانت جنسيته ، فإن العبرة فى هذا لجنسية الخصوم أنفسهم ، لا لجنسيّة مَن يُمَثِّلُهم مِن وصىٍّ أو وكيل أو نحوه . والمدعى عليها هنا تخاصم بنفسها فى أحوالها الشخصية ، لاعتبارها بالغاً كما أوضحنا ، فلا اختصاصَ ولا شبهةَ اختصاصٍ للمحاكم المختلطة فى موضوع هذه الدعوى .

ومن حيث إن ما ذكرته المدعى عليها بلسان وكيلها من الاستناد إلى المادة (٢٧) من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة لا يؤثر فى الاختصاص أيضاً ، لأن القانون الواجبَ تطبيقُه فى هذه الدعوى ليس القانونَ الإيطالىَّ كما ظنت ، لأن المادة (٢٩) نصت على أنه « يرجع فى حقوق الوالدين والأبناء وواجباتهم المتبادلة إلى قانون الأب » ، وقانونُ الأب هنا هو القانون المصرىّ ، لأنه صار مصرىَّ الجنس ، والقانون فى هذه الحال هو الشريعة الإسلامية ، ولا يُقصد به القانون الوضعىُّ وحده ، كما جاء فى (ص ٢٨٣) من وثائق إلغاء الامتيازات : « ومن المتفق عليه أيضاً أن لفظة "قانون" يجب أن لا تُفهم بمعنى القانون الموضوع ، ولكن بمعنى القانون على وجه العموم » .

ومن حيث إنه فضـلاً عن ذلك كله فإن المدعى قد ثبت إسلامه رسميًّا ، والمادة (٢٥) من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة تقول : « و يظل الأجانب ، سواء أكانوا من أهل الدول الأجنبية ، أم من رعاياها ، أم من البلاد الواقعة فى حمايتها ، الذين ينتسبون إلى ديانة أو مذهب أو ملة لها محاكم مصرية مختصة بموادّ الأحوال الشخصية ، خاضعين لقضاء تلك المحاكم فى هذه المواد » . والمدعى قد أشهد على إسلامه قبل رفع الدعوى . فلم يبق للمدعى عليها وجهٌ للتمسك بالدفع بعدم الاختصاص ، وتبين جلياً أن المحاكم المختلطة لا يجوز لها أن تنظر هذه الدعوى ، وأن المحاكم الشرعية هى المختصة وحدها بنظرها .

ومن حيث إن القرار الصادر فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٠ من رئيس محكمة مصر المختلطة بالنيابة بضم المدعى عليها إلى أمها ، قرار لم يحُزْ قوةَ الشيء المحكوم فيه . أولاً : لأن قراره مؤقت ، فضلاً عن أنه لا يقيد محكمة الموضوع أيًّا كانت . وثانياً : لأنه صدر ممن لا يملك إصداره ولا اختصاصَ له فيه ، لأنه صدر بعد تجنس المدعى بالجنسية المصرية وخروجه من الجنسية الأجنبية . وثالثاً : لأنه لم يصدر فى مواجهة المدعى عليها ، بل فى دعوى أمها . ورابعاً : لأنه يخالف مخالفةً صريحةً للائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة ، فإن الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) حصرت المسائلَ التى يُرجع فيها إلى قانون بلد الزوج وقتَ عقد الزواج « فى المسائل الخاصة بعلاقات الزوجين بما فيها التفريق والطلاق والتطليق ، وكذلك فى آثار تلك العلاقات بشأن الأموال » فليس ضَمُّ الأولاد داخلاً فى شيء من هذا ، بل نُصَّ عليه صراحةً فى الفقرة الرابعة التالية لها ، بأنه يرجع « فى حقوق الوالدَيْن والأبناء وواجباتهم المتبادَلة إلى قانون بلد الأب » ، فكان هذا الأمر أو القرارُ باطلاً بطلاناً أصليًّا . ولعلَّ هذا القرارَ رُوعيت فية النظريةُ الباليةُ ، نظرية الصالح الأجنبيّ ، التى قُضِى عليها فى معاهدة إلغاء الامتيازات الأجنبية قضاءً مبرمًا .

هذا عن الدفع بعدم الاختصاص .

وأمّا عن الموضوع :

فإنه لا خلاف بين الطرفين فى أن المدعى أشهد على إسلامه رسميًّا فى ٢٢ ربيع الثانى سنة ١٣٥٩ الموافق ٢٩ مايو سنة ١٩٤٠ ، وأن المدعى عليها مولودة فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ الموافق آخر ربيع الثانى سنة ١٣٤٣ ، فكانت سنها حين أسلم أبوها ستة عشر عامًا إلّا ثمانية أيام ، بالتاريخ الهجريّ المعتبر فى أحكام الشريعة ، فكانت إذ ذاك بالغًا بالسنّ ، لتجاوزها الخامسةَ عشرة ، و بالغًا بالحيض ، إذْ قرّرَ وكيلُها ذلك نائباً عنها ، وهى مصدَّقةٌ فى هذا شرعًا .

ومن حيث إنه لا خلاف فى أقوال الفقهاء فى أن إسلام الأب لا يستتبع حكماً

إسلامَ أولاده البالغين ، بل هم مخيَّرون بين اتّباعه و بين البقاء على دينهم . والمدعى عليها لم تختر اتّباع أبيها فى الإسلام ، بل بقيت على دينها ، كما يقرر ذلك وكيلها ، ولا إكراه لأحدٍ عليها فى ذلك ، فى حماية الإسلام .

ومن حيث إن حق الحضانة والضم للرجال فى الشريعة الإسلامية إنما مناطُه العُصوبة أولاً . ففى الفتاوى الهندية فى باب الحضانة (ج ١ ص ٤٠٢ — ٤٠٣ طبعة بولاق الأولى) ما نصه : « و إذا وجب الانتزاعُ من النساء ، أو لم يكن للصبىّ امرأة من أهله ، يُدفع إلى العصبة ، فيُقَدَّمُ الأبُ ، ثم أبو الأب و إن علا ، ثم الأخ لأبٍ وأمٍّ ، ثم لأبٍ » إلى آخره . هذا فى شأن الصغير ، ثم قال فى شأن الكبير نقلاً عن قاضيخان : « و بعد ما استغنى الغلامُ و بلغت الجاريةُ فالعَصَبة أولَى ، يقدَّمُ الأقربُ فالأقرب » . وفى البدائع (ج ٤ ص ٤٣) فى الحضانة للرجال : « فمن شرائطها العصوبة ، فلا تثبت إلّا للعصبة من الرجال ، ويتقدم الأقربُ فالأقرب ، الأب ثم الجدُّ أبوه و إن علا ، ثم الأخ لأب وأمّ ، ثم الأخ لأب » إلى آخره . وفى صرة الفتاوى (مخطوط) : « والمراد بها هنا العصبة بنفسه ، لأن حق الحضانة لا يبقى للنساء بعد استغناء الغلام و بلوغ الجارية ، وهى على أربعة أصناف : الأول الأبناء ، ولا دخل لهم فى الحضانة ، والثانى الآباء والأجداد الصحاح ، والثالث الإخوة لأبوين أو لأبٍ » إلى آخره . والنصوصُ على ذلك متضافرةٌ .

ومن حيث إن شرط الولاية والعصوبة اتحادُ الدِّين ، كما فى المتون وغيرها ، ففى التنوير وشرحه (ابن عابدين فى باب الولىّ) : « وكذا لا ولايةَ فى نكاحٍ ولا مالٍ لمسلمٍ على كافرةٍ إلّا بالسبب العامّ ، بأن يكون المسلم سيدَ أمةٍ كافرةٍ أو سلطاناً أو نائبه أو شاهداً » . وفى البدائع فى شرائط الحضانة للرجال (ج ٤ ص ٤٣) : « ومنها اتّحادُ الدِّين ، فلا حقّ للعصبة فى الصبىّ إلّا أن يكون على دينه ، كذا ذكر محمد ، وقال : هذا قول أبى حنيفة وقياسُه ، لأن هذا الحقّ لا يثبت إلّا للعصبة ، واختلاف الدين يمنع التعصيب . وقد قالوا فى الأخوين إذا كان أحدهما

مسلماً والآخر يهوديًا والصبيُّ يهوديٌّ : أن اليهوديَّ أولى به ، لأنه عصبته لا المسلم »
وفى صرة الفتاوى : « قال أبو حنيفة : لا حق للعصبة إلّا أن يكون على دينه ،
والصبيُّ اليهوديُّ إذا كان له أخوانِ أحدهما مسلمٌ والآخر يهوديٌّ فاليهوديُّ أولى .
من تجريد الفقه فى باب الحضانة » . ثم نقل نص البدائع الذى ذكرناه . وانظر أيضاً
الفتاوى الهندية والفتاوى الأنقروية فى باب الولىّ .

ومن حيث إن هذه النصوصَ وغيرَها صريحةٌ فى اشتراط إتحاد الدين فى العاصب ،
وهو الظاهر الصحيح ، لأن الولىَّ هنا هو الولىُّ العاصب فى الميراث ، واتحاد الدين
شرط فيه . وهذه النصوصُ مقيَّدة ، فيجب أن تحمل عليها النصوص المطلَقَةُ فى
الضم للأب والجدّ ، لأن المطلَق يجب أن يُحمل على المقيَّد ، والمقيَّد حاكمٌ عليه ،
خصوصاً إذا كان القيد ذُكِرَ معلَّلاً بعلةٍ ، فيدور التقييد مع العلة وجوداً وعدماً .

ومن حيث إن الحكمة الشرعية فى هذا ظاهرة ، فإن الأب إذا كان لا يستطيع
أن يُزَوِّج ابنتَه التى تخالفه فى الدين ، بحكم أن لاولاية له عليها ، ولا يستطيع كذلك
أن يعترض إذا زوَّجت نفسها من غير كفء ، ولا سلطان له على مالها إذا كانت
قاصراً ، فأولَى أن لا يكون له حقٌّ ضمها إليه ، إذْ لا فائدة له ولا لها فى هذا الضمّ ،
وقد فَصَمت الشريعة عُرَى العلائق بينهما .

وهذا من محاسن الشريعة الإسلامية ، التى بُنيت أحكامُها على قواعد العدل ودقائق الإنصاف ، لا على الهوى والعصبية ، ولا على النظر إلى صالح جهةٍ معيَّنةٍ .

لذلك

قررنا أولاً رفض الدفع بعدم الاختصاص ، ثانياً رفض الدعوى حضورياً .

٥ — حكم

المقصود من ضم الصغير النظر إلى مصـلحته أولا ، فاذا أسـلم الأب ولم يظهر منه ما يدل على معرفته للاسلام وشعائره ، ولا على تمسكه به ، لم يكن أنفع له فى هذا المعنى من أمه ، فلا ينزع بهذا السبب من يدها .

الأربعاء ٢٣ ربيع الأول سنة ١٣٥٩ أول مايو سنة ١٩٤٠
محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر
القضية رقم ٨١٧ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠

الوقائع

طلب المدعى الحكم على المدعى عليها بأن تسلم إليه ابنه . . . وسنه سنتان ونصف تقريبا ، لأن المدعى اعتنق دين الإسلام ، والمدعى عليها مسيحية ، والولد مسلم تبعاً لأبيه ، ويخشى أن يألف دين أمه وعاداتها ، إلى آخر ما ذكر بدعواه . وأجاب وكيلها بأن الدعوى كيدية ، لأن المدعى تظاهر بالدخول فى الإسلام للكيد لها ، هروباً من المجلس الملىّ ، وأنه رفع دعوى طاعة وحكم له بذلك من هذه المحكمة وألغى الحكم فى الاستئناف ، بناء على أن دعواه كيدية ، وأنه قرر فى أوراق رسمية أن تغيير الدين أمر ثانوىّ ، وأنه مستعد أن يعود إلى النصرانية ، وأنه كتب خطاباً إلى بطرق الروم الأرثوذكس يذكر فيه أن شخصاً معيناً كان سبباً فى مصيبته باعتناق الإسلام . وقرر وكيلها أيضاً بالمصادقة على أن الولد فى يدها ، وأن سنه نحو سنتين ونصف . وقدم وكيل المدعى شهادةً للدلالة على أن المدعى عليها نصَّرت الولد فى الكنيسة ، وصورة رسمية من إشهاد إسلام المدعى فى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ أمام محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، وشهادة ميلاد الولد فى ١٨ يولية سنة ١٩٣٧ ، وعريضة دعوى من المدعى عليها أمام البطريركية بطلب التفريق

بينهما لإسلامه ، وعددين من مجلة المحاماة الشرعية ، وقدم وكيل المدعى عليها صورة من محضر جلسة ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ بالمجلس الملى ، يستدل بها على أن وكيل المدعى قرر هناك أن « تغيير الدين أمر ثانوى ، وأنه مستعد أن يعود إلى النصرانية إن كان هناك وجه للصلح » ، وصورة رسمية من حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية فى القضية رقم ٢٨٢٤ سنة ١٩٣٨ — ١٩٣٩ بجلسة ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ برفض دعوى المدعى الطاعة استئنافيًا ، وصورة من ترجمة خطاب مؤرخ ٢٨ يولية سنة ١٩٣٩ من المدعى إلى بطرق الروم الأرثوذكس ، استند إلى ألفاظ صدرت فيه من المدعى ، يستدل بها على أنه تظاهر بالإسلام للكيد لموكلته . وأنكر المدعى أن تكون الترجمة صحيحة فى الكلمات التى يستند إليها وكيل المدعى عليها والمحكمة طلبت من البطريركية أصل الخطاب المرسل من المدعى ، وكلفت الطرفين أن يحضر كل منهما رجلاً يثق به لترجمة الخطاب ، وأحضر المدعى الأستاذ جورج اسبيرو فرج المحامى باستئناف المحكمة المختلطة ، وأحضرت المدعى عليها الأستاذ على افندى البيومى المحامى الأهلى ، وتناقشا بالجلسة فى ترجمة الخطاب بعد تحليفهما اليمين الشرعية ، فوجدنا أن الترجمة صحيحة تؤدى المعنى بالدقة . وقال المدعى إنه لا يتقن اللغة الفرنسية ، ولكنه أعطى الأستاذ جورج الحاضر للترجمة المعلومات التى يريد الإفضاء بها للبطريركية ، وهو الذى حرر الخطاب ووقع عليه المدعى . وناقشت المحكمة المدعى فقرر أنه يعرف كل شىء فى الإسلام ، وأنه لا يصلى ، ويعرف ركعات الصلوات ، ولا يعرف شيئاً من القرآن ، وكذلك لا يعرف شيئاً فى الدين المسيحى . وترافع الطرفان بمضمون الأوراق والمذكرات .

المحكمة

من حيث إنه لا خلاف بين الطرفين فى أن المدعى رزق من المدعى عليها بالولد المذكور ، وأن عمره أقل من ثلاث سنوات ، وأنه فى يد المدعى عليها ، وأن المدعى أشهد على إسلامه ، وأن المدعى عليها لا تزال على دينها المسيحى .

ومن حيث إن الولد يتبع خير الأبوين ديناً ، فهو مسلم تبعاً لأبيه ، لا شك فى ذلك .

ومن حيث إن طعن المدعى عليها فى صحة إسلام المدعى مما لا يلتفت إليه ، لأن العبرة بظاهر حاله ، وظاهر حاله الإسلام .

ومن حيث إن النصوص الشرعية متظاهرة على أن الصغير ينزع من يد الحاضنة الذمية حين يعقل الأديان ويخشى عليه أن يتأثر بغير دين الإسلام وأن يألف الكفر ، ويعطى لأبيه المسلم ، حتى يُنَشِّئَهُ تَنْشِئَةً إسلامية ، ويربِّيَه على العقائد الصحيحة والعادات السليمة ، ويصونه عن إلف دينٍ غير دينه . وقد جرى القضاء الشرعى على أن خوف الإلف لغير الإسلام واعتياد عادات غير عاداته لا يقدَّر بسنٍّ معينة ، لأن الطفل يتأثر بكل ما يحيط به ويقع تحت سمعه وبصره من الأشهر الأولى من عمره . انظر حكم محكمة الجمالية الشرعية فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٣٤ المؤيد استئنافيا فى ٢١ يناير سنة ١٩٣٥ ، وهما منشوران بمجلة المحاماة الشرعية فى السنة السادسة (ص ١٨٦ — ١٩٥)

ومن حيث إن النظر فى هذا إنما يرجع إلى مصلحة الطفل ، والحرص على أن ينشأ عارفاً بدينه الذى نسب إليه تبعاً لإسلام أبيه . فيجب النظر فى أنه هل يتحقق هذا المقصود بحضانة المدعى لابنه وضمه إليه ؟ أما المدعى فقد صرح أنه لا يعرف شيئاً من القرآن ، وأنه لا يصلى ، والظاهر لنا من حاله أنه لا يعرف من الإسلام إلّا أنه أشهد على نفسه بالإسلام أمام المحكمة الشرعية . وهذا كافٍ فى الحكم له بأحكام الإسلام ، ولكنه لا يكفى فى أن يضم إليه طفل لم يبلغ الثالثة ليربيه تربيةً إسلاميةً ، وخير له الآن أن يبدأ بنفسه ، فيعرفَ دينه الذى اختاره ورضيه ، ثم يطهرَ قلبَه ولسانه من الألفاظ التى كتبها للبطرق ، ووقع عليها فى خطابه إليه ، والتى يقول فيها : « ولما تعبتُ من هذه التأجيلات وأعيتنى حيلتها اضطررت أن أقرر أمام المحكمة فى إحدى جلساتها رغبتى فى اعتناق الدين الإسلامى ، وذلك للتخلص من

هذه المسئلة المشؤومة ، فأَخطرتْ محافظة مصر من فورها البطريركية عن هذا القرار بخطابين مسجلين ، وبالرغم من ذلك لم يأبه نيافة المطران . . . بالأمر لإيفاد قسيس إلى المحافظة ومنعى من تغيير دينى ، فلم يسع المحافظة أمام ذلك إلّا قبول إسلامى ، وعلى ذلك يكون المطران سبباً فيما نكبت به من هذه المصيبة المزدوجة ، وهى خراب بيتى وتغيير دينى » . وهو الذى يقول عنه وكيله بلسانه أمام المجلس الملى : « إن تغيير الدين أمر ثانوىّ ، وإنه مستعد أن يعود إلى النصرانية إن كان هنالك وجه للصلح » .

فهذه الألفاظ التى يكتبها المدعى ، أو يكتبها محاميه ويوقع هو عليها ، أو يقولها عن لسانه ، لا يقولها مسلم يعرف الإسلام حقا . ولا نرى أن يُؤْمَن قائلٌ مثل هذا على تربية ابنه تربيةً إسلامية ، بل شأنه وشأن أم الولد فى ذلك سواء ، وإن حُكم له بأحكام أهل الإسلام وللأم بأحكام أهل الذمة ، لأن المرجع فى هذا إلى مصلحة الطفل ، وليس أحد الخصمين بأنفع له من الآخر فى هذا المعنى .

ومن حيث إن حق الحضانة حق الأمّ ، وإنما يُنزع من يدها لمعنًى لم يتحقق فى المدعى .

لذلك

قررنا رفض الدعوى حضوريا .

٦ — حكم

رضا الخصمين بالتقاضى أمام مجلس ملىّ لم يعترف به يعتبر رضا بحكمه ، ويكون أشبه بمجلس تحكيم ، وقراره يصلح سنداً للمتمسك به .

المحاكم الشرعية هى المحاكم ذات الاختصاص العام التى يرجع إليها فى كل ما لم يؤخذ من اختصاصها بنص صريح، وهى المحاكم الطبيعية فى البلاد فيما يختص بالأحوال الشخصية والمواريث ، وإليها يرجع الفصل فيما لم يختص به غيرها .

اعتناق أحد الخصوم دين الاسلام بعد حجز القضية للحكم فى المجلس الملىّ لا يؤثر فى اختصاصه باصدار حكمه ، إذا لم يطلب إعادة المرافعة ليدفع بعدم الاختصاص .

الدفع بعدم الاختصاص أو بغيره لا يكون إلا فى المرافعة أمام الهيئة ، وأما إرسال تلغراف أو نحوه فليس من المرافعة فى شىء ، ولا يجوز النظر فيه ولا الفصل على أساس وجوده .

الأحد ٢٥ جمادى الأولى سنة ١٣٥٩ — ٣٠ يونية سنة ١٩٤٠

محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر

القضية رقم ٧٧٠ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠

الوقائع

تضمنت دعوى المدعى أنه تزوج المدعى عليها بعقد صحيح على مذهب الروم الأرثوذكس قبل إسلامه ، وأن المدعى عليها رفعت عليه دعوى أمام بطريركية الروم الأرثوذكس بالقاهرة بطلب نفقة لها ولابنها ، وأنه رفع عليها دعوى طاعة أمام البطريركية نفسها ، وأن المجلس الملىّ حكم بنفقة الولد فقط فى ٢٤ يونية سنة ١٩٣٨، وأرجأ الفصل فى باقى الطلبات ومنها الطاعة ، وأحال القضية إلى التحقيق ووقف السير إلى حين تمامه ، وأن المدعى بعد ذلك رغب فى الإسلام وأشهد على إسلامه أمام محكمة مصر الشرعية فى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ ، وأن المدعى عليها طلبت من المجلس الملىّ إعادة نظر القضية للفصل فى باقى الطلبات ، بطلب مؤرخ فى ١٢ مارس سنة ١٩٣٩،

وحدد لنظرها هناك جلسة ٣١ مارس سنة ١٩٣٩ ، ثم حكم المجلس لها بجلسة ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ بستة جنيهات شهرية لنفقتها ، وأسند الحكم إلى أول مارس سنة ١٩٣٨ ، وأن هذا الحكم وقع باطلاً ، لأن المدعى بإسلامه خرج من ولاية القضاء الملىّ إلى ولاية القضاء الشرعىّ ، وأن المدعية تنفذ هذا الحكم فى حين أنه لا يجوز تنفيذه ، إلى آخر باقى عريضة الدعوى . وطلب الحكم له عليها بمنعها من التعرض له بموجب الحكم المذكور ، وأمرها بالكف عن مطالبته بما دون فيه ، وإلزامها بالمصاريف والأتعاب . ووكيل المدعى عليها أجاب بمذكرة طلب فيها عدم سماع الدعوى ، لأن الطعن فى حكم صدر من هيئة تملكه إنما يكون أمام الجهة التى أصدرته . وقدم المدعى صورة من حكم المجلس الملىّ المذكور بالدعوى ، وإشهاد إسلامه ، وقدم مذكرة تضمنت أن إشهاد الإسلام صدر فى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ ولكن إسلامه سابق على هذا التاريخ بأشهر ، وأن الإجراءات التى تسبق ضبط الإشهاد بالإسلام معروفة ، وأن المدعى بعد أن أسلم ليس له أن يلجأ إلى البطريركية فى التقاضى ، لأنها لا ولاية لها على مسلم .

المحكمة

من حيث إنه لا خلاف بين الطرفين فى أصل وقائع الدعوى ، وإنما الخلاف بينهما فى أن المجلس الملىّ للروم الأرثوذكس حين فرض النفقة للمدعى عليها فى ٢١ أبريل ١٩٣٩ هل كان يملك إصدار هذا الحكم أو لا يملكه .

ومن حيث إنه تبين من الاطلاع على حكم المجلس الملىّ الذى قدم المدعى صورته أن المدعى عليها قدمت دعواها للمجلس فى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٨ ، وأن المدعى رفع دعوى الطاعة فى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ ، وأن المجلس حكم بنفقة للولد فى ٢٤ يونية سنة ١٩٣٨ ، وأحال الموضوع للتحقيق بالنسبة لباقى الطلبات ، وحدد لذلك أول جلسة فى أكتوبر سنة ١٩٣٨ ، وندب الأستاذ . . . لإجراءات التحقيق ،

وتمت إجراءاته فى ٢٧ يناير سنة ١٩٣٩ ، ونبه على طالب التعجيل بتحديد جلسة للمرافعة ، وأن المدعى عليها طلبت فى ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ تحديد الجلسة ، فأعلن المدعى فى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ بتحديد جلسة ٣١ مارس سنة ١٩٣٩ ، (كتب فى صورة الحكم ١٣ مارس وهو خطأ كتابى ظاهر ، وقد اتفق الطرفان على أن صحة هذا التاريخ ٣١ مارس سنة ١٩٣٩) وفى الجلسة المذكورة لم يحضر المدعى وحضر عنه محام قرر أن موكله قدم طلباً بالتأجيل ، وأنه حدثت ظروف بينه و بين موكله تمنعه من الاستمرار فى الحضور عنه ، وأنه قرر بتنازله عن التوكيل ، وطلب التأجيل لإخطاره بذلك ، وأنه لا يمكنه الحضور بدونه لعدم وجود توكيل رسمى منه . وتضمن الحكم أيضاً أن وكيل المدعى عليها عارض إذ ذاك فى طلب التأجيل ، لأن المقصود منه التهرب من الاختصاص ، لأن المدعى « قدم طلباً لاعتناق الدين الإسلامى ، وفى اعتقاده أنه إذا أجلت القضية يعتنق الدين الإسلامى رسمياً ، ويدعى بعدم الاختصاص » ، وأن المجلس قرر السير فى القضية ورفض طلب التأجيل ، وانسحب الحاضر عن المدعى ، وطلب المجلس من وكيل المدعى عليها تقديم مذكرة بأقواله فى مدة خمسة أيام ، وأجل القضية « للمذاكرة والحكم » ، ثم أصدر حكمه المذكور فى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ .

ومن حيث إننا قد ناقشنا المدعى فيما إذا كان قد دفع أمام المجلس الملىّ بعدم الاختصاص بعد الإشهاد على إسلامه ، فقرر أنه أخطر المجلس الملى رسميًا بتلغراف أرسله إليه فى ٥ أبريل سنة ١٩٣٩ بأن البطركخانه أصبحت غير مختصة بنظر القضايا التى بينه و بين زوجته ، وقدم صورة رسمية من التلغراف المذكور .

ومن حيث إن المجلس الملىّ للروم الأرثوذكس مجلس لم يصدر به قانون ، و إن كانت الداخلية تنفذ أحكامه ، إلّا أن الطرفين كانا حين التقاضى تابعين له وراضيين بحكمه ، فهو أشبه بمجلس عرفىّ للتحكيم ، وقراره يصلح أن يكون سنداً للمتمسك به، يتقدم به إلى الجهات القضائية القانونية من شرعية وغيرها ، لتنظر فى أنه هل صدر

ممن يملكه فى حدود اختصاصه ، أو صدر متعدياً حدود الاختصاص ، كما أوضحنا ذلك فى حكمنا فى القضية رقم ١٦٧٣ سنة ١٩٣٨ — ١٩٣٩ من قضايا هذه المحكمة.(١)

ومن حيث إن المحاكم الشرعية هى المحاكم ذات الاختصاص العام التى يرجع إليها فى كل ما لم يؤخذ من اختصاصها بنص صريح ، وهى المحاكم العامة الطبيعية فى البلاد فيما يختص بالأحوال الشخصية والمواريث ، و إليها يرجع الفصل فيما لم يختص فيه غيرها . والمدعى حين أسلم قد خرج من سلطان المجلس الذى كان ملتزماً الخضوع له ، وعاد إلى الجهة التى تملك الاختصاص العام فى الأحوال الشخصية ، وهى المحاكم الشرعية ، وليس له إذا أراد أن ينازع فى شىء مما يفصل فيه المجلس الملىّ مما يخص أحواله الشخصية إلّا أن يلجأ إلى المحكمة الشرعية ، ولو لجأ إلى المجلس الملىّ كان عمله باطلاً وعبثاً ، لأن ولاية المجلس عليه قد زالت من يوم إسلامه ، وليس للمدعى أن يقبل سلطة المجلس الملىّ ، لأن هذا مما يخرج على النظام العام .

ومن حيث إن المجلس الملىّ حين فصل فى دعوى المدعى والمدعى عليها يوم ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ — كان المدعى قد خرج من ولايته فعلاً من يوم الإشهاد على إسلامه رسميا فى ١٦ أبريل سنة ١٩٣٩ ، ولكن الظاهر من إجراءات القضية الثابتة فى صورة الحكم أن المجلس لم يتصل بعلمه بصفة رسمية هذا الإشهاد على الإسلام ، لأن آخر جلسة للمرافعة أمامه كانت يوم ٣١ مارس سنة ١٩٣٩ ، ثم أجلت القضية للحكم ، وبذلك قفل فيها باب المرافعة ، فحين أصدر المجلس قراره فى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ أصدره فى قضية صالحة للفصل أمامه ، تَقَدّم الطرفان بين يديه باختيارهما ، ولم يُدْفَع فيها من واحدٍ منهما بعدم الاختصاص ، ولم يكن المدعى أشهد على إسلامه عند انتهاء المرافعة ، وقد كان فى إمكانه ، لو شاء الدفع بعدم الاختصاص ، أن يتقدم إلى المجلس الذى سبق أن تحاكم إليه ورضيه ، ثم يطلب فتح باب المرافعة فى القضية ، ليقول فيها ما شاء من الدفوع ، ولكنه لم يفعل . وأما إرساله التلغراف

(١) هو الحكم الأول فى هذا الكتاب .

إلى المجلس ، يخطره فيه بعدم اختصاصه ، فإن هذا ليس شيئاً من المرافعة فى القضية ، ولا يمكن أن يعتبر ملحقاً بالمرافعة ، ولا يجوز للهيئة التى يقدم إليها أن تنظر فيه وتفصل على أساس وجوده فى القضية ، لأن المرافعات فى الدعاوى إنما تكون بحضور الخصوم أو وكلائهم أمام الجهة التى يتقاضون لديها ، فى جلسات معينة معروفة للخصمين ، حتى يبدى أحدهما ما يريد إبداءه فيما يقول خصمه ، فإن تخلف عن الحضور بعد علمه بموعد التقاضى فإنما قَصَّر على نفسه . أما قبول أقوال أو مستندات فى غيبة الخصم وفى غير الوقت المحدد للمرافعة فإنه لا يكونُ عملاً قضائيًّا ، وهذا واضح فى المادة (٢٧٥) من لائحة المحاكم الشرعية ، وهو من المبادىء العامة فى التقاضى ، لا يختلف الشأن فيه باختلاف الهيئات (انظر المرافعات لأبى هيف فى الفقرات ٧٣٧ ، ٨٢٩ ، ٨٣٠ ، ٨٣١ ، ١٠٨٠) .

ومن حيث إنه بذلك يكون المجلس الملى أصدر قراره يوم ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ فى حدود اختصاصه ، فى دعوى تقدم بها الخصمان إليه برضاهما ، وانتهت فيها المرافعة يوم ٣١ مارس سنة ١٩٣٩ ، وأن خروج المدعى عن سلطة المجلس قبل النطق بالقرار ، وبعد حجز القضية للحكم ، عمل لم يتصل به علم القضاء رسمياً بالطرق المقررة للمرافعة ، فلا يكون مؤثراً فيما تم من إجراءات التقاضى .

لذلك

قررنا رفض الدفع بعدم السماع ورفض الدعوى حضورياً .

٧ — حكم

حكم المجلس الملى بالنفقة يسرى على المحكوم عليه بعد إسلامه ، وإن لم يكن المجلس معترفاً به ، إذا كان المحكوم عليه رضى من قبل بالتقاضى أمامه برفع دعوى أخرى منه.

نفقة الصغير لا تسقط عن الأب وإن وصفت فى الحكم بالتوقيت ، إذ المفهوم أن المراد به تعجيل فرضها قبل الفصل فى باقى الدعوى .

طلب الأمر بأداء ما يفرض زيادة فى النفقة يستتبع بناته الأمر بأداء الأصل .

بمجرد حصول التوكيل يكون محل الوكيل معتبراً فى أحوال الاعلان .

الأحد ٢٥ جمادى الأولى سنة ١٣٥٩ — ٣٠ يونية سنة ١٩٤٠
محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر
القضية رقم ٧٦٩ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠ المضموم إليها
القضية رقم ١٠٩٨ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠

الوقائع

تضمنت دعوى المدعى أنه زوج للمدعى عليها بعقد صحيح قبل إسلامه ، وأنه دخل بها ، وأنهـا رفعت عليه دعوى أمام بطريركية الروم الأرثوذكس ، طلبت فيها فرض نفقة لها ولولدها منه ، وقيدت برقم ٩ سنة ١٩٣٨ ، وأنه طلب الحكم عليها بالطاعة ، وأن محكمة البطريركية المذكورة حكمت فى ٢٤ يونية سنة ١٩٣٨ بنفقة للولد ، وأسندت الحكم الى يوم إعلان المدعى بالدعوى وهو ٢١ فبراير سنة ١٩٣٨ ، وأرجأت الفصل فى باقى الطلبات ، وأحالت القضية للتحقيق ووقفت السير فى باقى الطلبات إلى تمام التحقيق ، وأن المدعى قد رغب بعد ذلك فى الإسلام وأشهد على إسلامه أمام محكمة مصر الشرعية فى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ ، وأن المدعى عليها طلبت من المجلس الملى إعادة نظر القضية بطلبها المؤرخ ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ ،

وحدد لنظرها جلسة ٣١ منه ، ثم حكم لها المجلس الملّى بنفقة مسندة الى أول مارس سنة ١٩٣٨ ورفض دعوى الطاعة بجلسة ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ ، وأن الحكم بنفقة الولد مؤقت إلى حين الفصل فى باقى القضية ، وأن الفصل فى باقى القضية قد حصل فى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ ، فيكون حكم نفقة الولد منتهيا إلى ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٩ حسب منطوق الحكم ، ولا يجوز تنفيذه من ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ ، وأن المدعى عليها تنفذه ، وأنْ لو فرض أن الحكم لم يكن مؤقتا بالصفة المذكورة فإنه قد روعى فيه التوقيت حتى يفصل فى نفقة الزوجية . فحكم على المدعى بأكثر من طاقته ، وأن حال المدعى تغيّرت بعد إسلامه من يُسْرٍ إلى عسر شديد عن يوم الفرض ، فإنه كان عاملاً عند أبيه وله مرتب ويعطف عليه كثيرا ، ولكنه من حين خروجه عن ديانتهم واعتناقه الإسلام نبذه أبوه وقطع عنه مرتبه وغلّ يده عن معونته ولا يعطيه إلاّ ما يسدُّ به رمقه . وطلب الحكم له على المدعى عليها أصليا ببطلان حكم نفقة الولد المذكور من ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ ، واحتياطيا بتخفيض المقرر له إلى مائة قرش شهريا ، وإلزامها بالمصاريف والأتعاب .

ووكيل المدعى عليها دفع الدعوى بعدم السماع فى الطلب الأصلى ، وطلب رفض الطلب الاحتياطىّ ، لأن المدعى قد زاد يساره عن وقت الفرض ، وكبرت سن الولد . وأن المدعى عليها رفعت دعوى بطلب زيادة نفقته .

ثم تقرر ضم قضية الزيادة إلى هذه القضية . وترافع الطرفان بمذكرات وبأقوال دونت بالمحضر . وطلبت المدعى عليها فى دعواها المضمومة زيادة المفروض للولد إلى خمسة عشر جنيها شهريا ، وأمر المدعى بأداء هذه الزيادة وإلزامه بالمصاريف والأتعاب . ثم طلب وكيلها بجلسة ١٦ يونية سنة ١٩٤٠ الأمر بأداء المقرر الأصلىّ والحكم بالزيادة عليه والأمر بأداء ما يزاد .

وقال وكيل المدعى عليه إن طلب الأمر بأداء المقرر طلب جديد لم يسبق الادعاء به ولم نعلن به فلا نسايره فيه . وقال وكيلها إن هذا ليس **طلبا جديدا** ، **لأن طلب**

الأمر بأداء الزيادة يشمل طلب الأصل والأمرَ بأدائه ، ثم أعلنت المدعى عليها المدعى فى ١٩ يونية سنة ١٩٤٠ لجلسة ٢٣ منه بطلب الحكم بزيادة المفروض وأمره بأداء الأصل مع الزيادة .

وقدم وكيل المدعى صورة من حكم المجلس الملى فى ٢٤ يونية سنة ١٩٣٨ المشار إليه ، وقال إنه قدم فى القضية ٧٧٠ سنة ٣٩/١٩٤٠ صورة الحكم الثانى الصادر من المجلس فى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ ، وطلب الاطلاع عليه فى هذه القضية لأنه من أدلته . واطلعنا عليه وأثبتنا منطوق الحكم فى المحضر . ودفع المدعى دعوى المدعى عليها بطلب الزيادة بعدم السماع ، لأن الحكم الأصلى قد بطل من تاريخ ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ ، لأنه كان مؤقتا كما جاء فى دعواه ، فضلا عن كونه صدر من جهة غير مختصة . ووكيل المدعى عليها ردّ هذا الدفع بأن المدعى متمسك فى دعواه بالطلب الاحتياطىّ ، وهو طلب التخفيض ، وهو ينافى دفعه بعدم سماع دعوى الزيادة . وقدمت المدعى عليها مستندات وشاهدين سمعت شهادتهما لإثبات دعواها الزيادة ، وقدم وكيلا المدعى مذكرة بملاحظاته على الأوراق والشهود ، وصمم كل من الطرفين على طلباته .

المحكمة

من حيث إن الطرفين متفقان على أن المجلس الملىّ للروم الأرثوذكس فرض على المدعى نفقة شهريا لابنه أربعة جنيهات مصرية بجلسة ٢٤ يونية ١٩٣٨ مسندة إلى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٨ ، وأن هذا ثابت أيضا من صورة الحكم المقدمة من المدعى .

ومن حيث إن المدعى أشهد على إسلامه فى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ وبذلك يكون الحكم بنفقة الولد أصدره المجلس فى حدود اختصاصه ، لأن المدعى لم يكن قد أسلم إذ ذاك ، ولأنه صدر فى نزاع تقدم إليه به الطرفان — وكانا من أتباعه —

باختيارها ورضاها ، برفع دعوى النفقة من المدعى عليها ، و برفع دعوى الطاعة من المدعى ، و إن كان هذا المجلس من المجالس التى لم يصدر قانون باعتماد نظامها .

ومن حيث إن المدعى بنى دعواه على أن المجلس فرض نفقة الولد مؤقتة وقد انتهت بحصول ما وُقِّتَتْ إليه ، لأن المجلس فرض النفقة للولد ثم قال فى منطوق الحكم : « وذلك بصفة مؤقتة نافذة إلى حين الفصل فى باقى القضية » وأن المجلس فصل فى باقى القضية بجلسة ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ ، فانتهى مفعول الحكم الأول بصدور الحكم الثانى .

ومن حيث إننا اطلعنا على الحكم الثانى ، وهو يتضمن الحكم برفض دعوى الطاعة والحكم بنفقة للمدعى عليها وتأييد الحكم التمهيدى الصادر بتاريخ ٢٤ يونية سنة ١٩٣٨ بنفقة الولد .

ومن حيث إن ما ادعاه المدعى من أن معنى توقيت الحكم الأول بالفصل فى باقى الطلبات إنهاء لمفعوله حين يفصل فيها غير معقول ، لأن نفقة الأولاد لا تسقط بمثل هذه الأقوال ، بل هى لا تسقط عن الأب أبداً ما داموا صغاراً ، فإن كان الصغير فى يد أبيه وجب عليه الانفاق عليه ، و إن كان فى يد أمه أو حاضنته وجب على الأب أداء نفقته إلى من هو فى يده . و إنما المفهوم البديهى من التوقيت الذى ثبت فى قرار المجلس أنه توقيت مراد به التعجلُ فى فرض نفقة الصغير ، حفظاً لحياته ، حتى لا يضيع بين المتداعيين فى نزاع يطول أمده بإحالة القضية إلى التحقيق ووقف السير فيها ، ومع هذا فإن المجلس نفسه أيَّد الحكم التمهيدى بنفقة الصغير فى حكمه الثانى الذى صدر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ ، و إن كان قد صدر بعد إشهاد المدعى على إسلامه فى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ ، وقد بيّنا وجه اختصاص المجلس المذكور بإصدار هذا الحكم الثانى فى قضية أخرى بين الطرفين حكمنا فيها بهذه الجلسة ، وهى القضية رقم ٧٧٠ سنة ٣٩/١٩٤٠[1] ، وسواء أكان هذا أم ذاك فإن

---

(١) هو الحكم السابق قبل هذا .

الحكم بنفقة الولد لا زال قائما نافذا على المدعى ، لا يؤثر فيه التوقيت الذى فسره تفسيراً غير صحيح .

ومن حيث إن المدعى طلب احتياطيا تخفيض النفقة المفروضة للولد لإعساره بعد الفرض ، وطلبت المدعى عليها زيادة النفقة لكبر سن الولد ولزيادة يسار المدعى عن وقت الفرض ، وطلبت أيضا أمر المدعى بأداء الفرض مع الزيادة ، وعارض المدعى فى طلب الأمر بأداء الأصل ، لأنه طلب جديد لم يعلن به .

ومن حيث إن المفهوم بداهة أن الأمر بأداء الزيادة يستتبع بذاته الأمر بأداء الأصل ، لأن المراد من فرض الزيادة فى النفقة أن يؤدى المحكوم عليه مايراه القاضى مناسباً للمحكوم له ، فأمره بأداء الزيادة معناه أن مافرض أصلا غير كاف ، وأن الواجب عليه أن يؤدى النفقة المستحقة ، لا أن يؤدى الزيادة وحدها ، وهى فى أكثر أحيانها قد تكون قليلة بالنسبة للفرض الأصلى . والدعوى فى القضايا الجزئية يكفى أن يذكر موضوعها بالاختصار فى ورقة التكليف بالحضور طبقاً للمادة (٥١) . ومع ذلك فإن المدعى عليها قد احتاطت بعد اعتراض المدعى وأعلنته بهذا الطلب إعلانا صحيحاً . وأما اعتراض وكيله على هذا الاعلان بأنه أعلن له (أى للوكيل) ، وهو وكيل فى القضايا فقط ، فهو اعتراض غير قانونى ، لأن المادة (٧٦) صريحة فى أنه بمجرد حصول التوكيل يكون محل الوكيل معتبراً فى أحوال الإعلان.

ومن حيث إن المدعى يدعى أنه أعسر بعد الفرض ، لأن أباه نبذه بعد إسلامه ، وقطع عنه مرتبه ، وغلّ يده عن معونته ، والمدعى عليها تدعى أن المدعى زاد يساراً بزيادة اتساع تجارة أبيه ، وأنه لايزال مع أبيه فى عمله كما كان . وقدم المدعى شهادة من شركة . . . . محررة فى ١٨ يونية سنة ١٩٤٠ تضمنت أنه يعمل فى الشركة بوظيفة مفتش بمرتب سبعة جنيهات شهريا ، وأنه مقيد بالدفاتر فى أول فبراير سنة ١٩٤٠

ومن حيث إن هذه الشهادة ليست حجة كافية فى موضوعها ، لأنها شهادة عرفية لم يؤيدها شىء غيرها ، ولعلها تكون قرينة إذا لم يثبت بقرائن أخرى ما ينافيها .

ومن حيث إن المدعى عليها قدمت لإثبات أن المدعى لا يزال يعمل مع والده فى تجارته إعلانا وجه إليه بعنوان محل التجارة ، وأعلن به فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ فى الجهة الإدارية ، ونَصَّ فيه المنوطُ به الإعلان على أن ذلك « لامتناع المعلن إليه شخصيا عن الاستلام » . وقدمت أيضا إعلاناً آخر أعلن به شخصيا فى محل التجارة فى ٢١ مايو سنة ١٩٤٠ ، ووقع عليه بإمضائه .

ومن حيث إن المدعى عَلَّل هذا الإعلان الأخير بأنه وجه إليه أولاً فى ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ وأن شيخ الجهة أجاب بأنه بالتحرى عنه بمحل والده اتضح أنه يشتغل موظفا بشركة . . . وليس له عمل بمحل والده ، وأن المدعى عليها بعد ذلك كلفت من اتصل به تليفونيا بشركة . . . يخبره بمرض شقيقته ويطلب حضوره إلى محل والده ليذهب معه إلى المستشفى ، وأنه حين حضر وجد المحضر أمامه وأمره باستلام الإعلان .

ومن حيث إن هذا التعليل لم يقم عليه أى دليل ، وتحرى شيخ الحارة ليس حجة على أحد ، بل المعروف عن هذه الطائفة يرفع الثقة عن أى عمل تقوم به وأى قول تقرره . وتوقيع المدعى على الإعلان بإمضائه حجة عليه كافية . وقد قدمت المدعى عليها أيضا صورة ترجمة خطاب صادر من المدعى لبطرق الروم الأرثوذكس بالقاهرة بتاريخ ٢٨ يولية سنة ١٩٣٩ يقرر فى أوله أنه مقيم بالقاهرة بطرف والده . . . . وقد اعترف المدعى بهذا الخطاب ، وعلل ذلك برغبته فى طلب المستندات من البطريركية ، وأنه جعل عنوانه محل والده ليسهل إجابة الطلب ، وهو تعليل لا ينفى الحقيقة التى وقع عليها بخطه .

ومن حيث إن المدعى عليها قدمت أيضاً ورقة محررة فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٠ اعترف المدعى بتوقيعه عليها ، تضمنت التصريح لحاملها بأخذ بضاعة من المحل بدل

بضاعة أخرى . وقد علل المدعى تحرير هـذه الورقة بأنه كتبها مساعدة لبعض معارفه ، وأنها ليست من أوراق المحل . ولـكن الظاهر ينفى قوله ويؤيد ما ثبت بالأدلة الأخرى أنه يعمل فى تجارة أبيه .

ومن حيث إن المدعى عليها قدمت أوراقاً أخرى تستدل بها على يسار والد المدعى يساراً كبيراً ، وأحضرت شاهدين سمعنا شهادتهما ، ورأيناها غير كافية فى إثبات زيادة يسار المدعى عن وقت الفرض .

ومن حيث إن الأدلة كافية فى إثبات أن المدعى لا يزال مع أبيه فى تجارته ، وأن إسلامه لم يؤثر فى علاقته بأبيه .

ومن حيث إنه قد مضى على فرض النفقة للولد من المجلس الملى (فى ٢٤ يونية سنة ١٩٣٨) ، سنتان ، وهذا زمن كاف فى زيادة حاجاته ونفقاته .

لذلك

قررنا « أولا » رفض دفع المدعى عليها بعدم سماع دعوى المدعى

« ثانياً » رفض دفع المدعى بعدم سماع دعوى الزيادة

« ثالثاً » رفض دعوى المدعى بشقيها الأصلى والاحتياطى

«رابعاً » فرضنا على المدعى فى كل شهر من اليوم مائتى قرش صاغ زيادة فى نفقة ابنه . . . ليصير المقرر لنفقته ستة جنيهات شهرياً، وأمرناه بأداء المقرر المذكور إلى المدعى عليها ، وألزمناه بالمصاريف ومائة قرش أتعاب محاماة حضورياً .

٨ — حكم

اختصاص المجالس الملية المعترف بها إذن من ولى الأمر بنظر القضايا ، ولكنه لا يمنع اختصاص المحاكم الشرعية ، وهى ذات الاختصاص العام فى الأحوال الشخصية ، لأن المنع من السماع لا يكون إلا بنص صريح .

المنشورات الوزارية لا تحد اختصاص المحاكم ولا تكون فى هذا تفسيراً للائحة .

المجالس التى لم يصدر قانون باعتمادها ليست لها صفة قضائية . وتنفيذ الداخلية أحكامها خطأ ، ولا يمنحها الإذن المشترط من ولى الأمر .

الخطأ لا يثبت حقا ، ولا ينزع حقا ، ولا ينتج منه صواب ، ولا يصحح عملا باطلا .

نفقة العدة واجبة للذمية على الذمى بعد الطلاق .

الاثنين ٥ جمادى الآخرة سنة ١٣٦٠ — ٣٠ يونية سنة ١٩٤١

محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر

القضية رقم ١١٢٥ سنة ١٩٤٠ — ١٩٤١

الوقائع

ادعت المدعية أنها كانت زوجاً للمدعى عليه وحكم بطلاقها منه فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، وطلبت فرض نفقة لها عليه من أول مارس سنة ١٩٣٨ تاريخ الامتناع ، لغاية ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٠ ، وأمره بالأداء ، وإلزامه بالمصاريف والأتعاب . ووكيل المدعى عليه دفع الدعوى بعدم الاختصاص ، لأنهما من الأرمن الأرثوذكس ، ولهما مجلس ملىّ مختص بالنظر فى قضايا طائفتهما . وكلف الدافع الإثبات ، فقدم شهادةً بلغة نظن أنها الأرمنية ، ومعها ترجمة لها غير رسمية ، واستند إلى منشورات الوزارة المذكورة بكتاب الدليل المرشد . ثم تقرر عجزه عن إثبات الدفع ، فطلب يمينها ، وعارض وكيلها فى التحليف . وتقرر ضم الدفع للموضوع . ثم أجاب بالاعتراف بسبق الزوجية والطلاق ، ودفع الدعوى بعدم السماع ، لأن الطرفين ممن يدين

بالطلاق ، وأن الزوجة إذا طلقت بانت لا إلى عدة ، وأن المدعية تقدمت إلى المجلس الملى بطلب النفقة ، وحكم بطلاقها وفرض نفقتها وفرض نفقة لبنتها . وقدم شهادة من البطركخانة محررة فى ٢٦ مايو سنة ١٩٤١ تتضمن تطليق المدعية من المدعى عليه فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، وفرض نفقة لبنتها ١٥٠ قرشاً شهريا . وقدم وكيل المدعية شهادةً من البطركخانة محررة فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٠ تضمنت أن المجلس نظر فى قضية الطرفين لأول مرة فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٨ وحكم بالطلاق فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ . واكتفى بأن يكون مبدأ النفقة للمدعية ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٨ . وقال وكيله إن النزاع بدأ رسميا فى ذلك التاريخ ، إلاّ أن لجنة المصالحات عرضت عليهما الصلح مراراً ، ومكنت الطرفين من السعى فى الصلح ، وتعاشرا فعلاً طول مدة النزاع . وقرر المدعى عليه أن سن البنت نحو ست سنين أو سبع ، وقال وكيلها إن ما فرض للبنت على قِلّتِه دليلٌ على يسار المدعى عليه .

المحكمة

من حيث إن الشهادة الأجنبية المقدمة إثباتاً للدفع بعدم الاختصاص لا تدل على شىء ، لعدم ترجمتها رسميا ، فقد عجز الدافع عن إثبات دفعه ، لعدم إحضاره ما يدل عليه فى الجلسة التى استأجل إليها لإثباته .

ومن حيث إنه طلب يمينها وعارض وكيلُها ، ولم نَرَ وجهاً لتحليفها اليمين ، لما سيأتى من الأسباب .

ومن حيث إنه ثبت من الشهادتين المقدمتين من الطرفين أنهما تقاضيا إلى مجلس بطركخانة الأرمن الأرثوذكس وحكم بالطلاق بينهما فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، ولم ينص فى الشهادتين على شىء يتعلق بنفقة المدعية ، فلم يوجد ما يدل على الفصل فى موضوعها من جهة مختصة ، إن سلمنا اختصاص هذا المجلس .

ومن حيث إن طائفة الأرمن الأرثوذكس ليست من الطوائف التى صدرت مراسيم باعتماد قانونها النظامى . ولا هى من الطوائف التى تنفذ الداخلية أحكامها .

ومن حيث إن الصحيح المعقول الذى ذهبنا إليه فى أحكامنا أن اختصاص المجالس الملية المعترف بها ، إذا ثبت ، فإنما هو إذنٌ من ولىّ الأمر لهم بنظر قضاياهم ، ولكنه ليس منعاً صريحاً من سماعها فى المحاكم الشرعية ، وهى المحاكم ذات الاختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية ، والمنع من السماع وحدّ الاختصاص العام لا يكون إلّا بنص صريح فى القانون صادرٍ من ولى الأمر ، ولا تملك المنشورات الوزارية أن تحُدّ اختصاصَ المحاكم ، ولا تكون تفسيراً لِلّائحة ، لأنه لم يذكر فى اللائحة مواد الاختصاص الملى حتى تكون المنشورات مفسرة لها . وأما المجالس التى لم يعترف بها ، وهى التى لم يصدر مرسوم باعتماد قانونها ، فإنها ليست لها أية صفة قضائية ، لأن الإذن بالحكم والقضاء إنما مصدره ولىُّ الأمر وحده . فهى أشبه بمجالس عرفيه أو مجالس عائلية ، ليست لها صبغة قضائية ، وتنفيذ الداخلية أحكامَها لا يَمنحها الإذن المشترط من ولىّ الأمر ، لأن الداخلية لا تملكه ، فيكون تنفيذ أحكامها خطأً ، والخطأ لا يثبت حقًّا ، ولا يَنْزِعُ حقًّا ، ولا ينتج منه صواب ، ولا يصحح عملاً باطلاً أو حكماً غير مأذون من ولىّ الأمر بإصداره . وهذه من البديهيات القضائية التى خفى وجه الحق فيها على أكثر الناس ، حتى ظنوا أن ما ليس بحكمٍ حكمٌ ، وأن المجالس العرفية محاكمُ حقيقية .

ومن حيث إن الطرفين من طائفةٍ لم يصدر قانون باعتماد مجالسها ، فلا شبهة فى اختصاص المحاكم الشرعية بنظر خصوماتها . وأما التطليق الذى فصل فيه مجلسهما فإنه عمل دينى بَحْتٌ ، لا نعترض عليه ، إذ لم يعترض عليه واحدٌ منهما ، ورضى به كلاهما صراحةً أو ضمناً ، فهو تحكيم منهما للمجلس ، يُلْزَمَانِ بما يَحكم به فيه .

ومن حيث إن بدء النزاع بينهما ثبت أنه كان قبل يوم ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٨ الذى نُظرت فيه قضيتهما أمام المجلس لأول مرة ، فلامعنى لدفع المدعى عليه بالمعاشرة طول مدة النزاع ، فاستحقاقها النفقة من التاريخ المذكور لا شبهة فيه .

ومن حيث إن المنصوص عليه شرعا أن نفقة العدة واجبة على الذمىّ للذمية إذا طلبت ذلك ، ففى الدرّ (ابن عابدين ج ٢ ص ٣٦٨ طبعة بولاق الأولى و ج ٢ ص ٥٠٦ من الطبعة الثالثة فى آخر باب المهر) : « وتثبت بقيّة أحكام النكاح فى حقهم ، يعنى الذميين ، كالمسلمين ، من وجوب النفقة فى النكاح ، ووقوع الطلاق ونحوهما ، كعدة ونسب » إلى آخره . قال ابن عابدين فى قوله كعدة : « أى لو طلقها وأمرها بلزوم بيتها إلى انقضاء عدتها ورفع الأمر إلينا حكمنا عليها بذلك ، وكذا لو طلبت نفقة عدة ألزمناه بها » . وقد أخذت بذلك محكمة الجالية الشرعية فحكمت فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ فى القضية ٩٥٤ سنة ٢٩/١٩٣٠ بنفقة ذمية وقالت فى أسباب حكمها : « وأما قول وكيله إن المدعية بانت لا إلى عدة ، لمجرد أن الطرفين من المسيحيين ، فقول لا يؤيده فقه ولا يعول عليه » . واستؤنف هذا الحكم وتأيّد ، وعُدّل مقدارُ النفقة فى ١٢ يناير سنة ١٩٣١ فى الاستئناف رقم ١٠٢٨ سنة ٢٩/١٩٣٠ ، وبُنِىَ التأييدُ على أنه « متى ترافع إلينا أرباب الطوائف الأخري ثبتت بذلك أحكام النكاح ، من وقوع الطلاق ووجوب النفقة والعدة ، إلى غير ذلك » . وهذا الحكم منشور فى مجلة المحاماة الشرعية فى السنة الثانية (ص ٦٥٦ — ٦٦٠) .

ومن حيث إن حال المدعى عليه المالية تظهر لنا من مقدار النفقة المقدرة عليه من المجلس الطائفى لبنته البالغ من العمر ست سنوات أو سبع ، وقدرها ١٥٠ قرشا شهريا ونرى مناسبة ما سيفرض .

لذلك

قررنا رفض الدفع بعدم الاختصاص ، وفرضنا للمدعية على المدعى عليه فى كل شهر من يوم ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٨ خمسة جنيهات مصرية لنفقتها بأنواعها بما فيها الخادم ، على أن تكون نفقة عدة من يوم ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، وأمرناه بالأداء إليها ، وألزمناه بالمصاريف ومائة قرش أتعاب محاماة حضوريا .

٩ — حكم

عموم سلطة المحاكم الشرعية فى الأحوال الشخصية يعطيها
الحق الكامل فى إعادة النظر فى كل قرار يصدر من المجالس
الملية ، ولها من باب أولى أن تنظر فى كل الإشكالات المتعلقة
بتنفيذ هذه القرارات .

الأربعاء ١٦ جمادى الأولى سنة ١٣٦٠ — ١١ يونية سنة ١٩٤١
محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر
القضية رقم ٩٣١ سنة ١٩٤٠ — ١٩٤١

الوقائع

استصدر المستشكل ضده حكماً على المستشكلة من بطريركية الروم الأرثوذكس فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٩ بحضانة ولده . . . وقدمه للتنفيذ ، فاستشكلت المحكوم عليها فى التنفيذ ، بأن الولد المذكور فى حضانة أمها جدته ، وقدمت للمنوط به التنفيذ حكمَ هذه المحكمة فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٠ للدلالة على ذلك ، وأحيل الإشكال إلى هذه المحكمة . وصممت المستشكلة على أقوالها . ودفع المستشكل ضده بعدم الاختصاص، لأن الحكم المطلوب تنفيذه صادر من المجلس الملىّ للروم الأرثوذكس . وقدم وكيله مذكرتين ، قال فى إحداهما : إن الإشكال قد عمل ضد شخص أجنبى ، ثم قرر بالجلسة أن هذه الجملة بنيت على خطأ فى القراءة ، وصمم على الدفع بعدم الاختصاص ، لأن هذا الإشكال مرجعه لأصل الحكم ، والمختصُّ به هو الجهة التى أصدرته ، وليس متعلقاً بالإجراءات الوقتية ، لأنها حصلت تامة . وقالت المستشكلة : إن الولد ليس فى يدها من مدة طويلة . وحضرت والدتها ومعها طفل قررت أنه المتنازع بشأنه ، وأنه فى يدها . وقدمت حكم هذه المحكمة فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٠ فى القضية رقم ٦١ سنة ١٩٤٠/١٩٤١ دلت على الحكم لها بانتقال المفروض وفرض

المحكمة

من حيث إنه لا نزاع بين الطرفين فى أنهما من طائفة الروم الأرثوذكس .

ومن حيث إن هذه الطائفة من الطوائف التى قدمت إلى الحكومة قوانينها النظامية ، ولم تصدر مراسيم باعتمادها ، وتنفذ الحكومة أحكام مجالسها الملية بالطرق الإدارية .

ومن حيث إن الطوائف التى لم يصدر قانون باعتماد نظامها لا يكون لمجالسها قوة المحاكم القانونية ، ولا تكون أحكامها حائزة قوة الشىء المحكوم فيه ، سواء أنفذت الداخلية أحكامها أم لم تنفذها ، لأن سلطة القضاء إنما تستمد من ولىّ الأمر وحده ، وليس لوزير الداخلية ولا لغيره سلطة الإذن بالقضاء وإصدار الأحكام . وقد بينا ذلك أوضح بيانٍ ، فى حكمنا الذى أصدرناه عن هذه المحكمة فى ١٢ فبراير سنة ١٩٤٠ فى القضية رقم ١٦٧٣ سنة ٩٣٨ — ٩٣٩[1] .

ومن حيث إنه فضلاً عن ذلك فإن المحاكم الشرعية هى المحاكم العامة الطبيعية فى البلاد ، فيما يختص بالأحوال الشخصية والمواريث ، وإليها يرجع الفصل فيما لم يختص فيه غيرها ، وإليها يرجع الحكم بالنسبة لمن لم يدخلوا تحت سلطة غيرها ، وهى المحاكم العامة التى يرجع إليها فى كل ما لم يؤخذ من اختصاصها بنص صريح ، كما قال الأستاذ أبو هيف ، ونقلناه عنه فى الحكم المشار إليه .

ومن حيث إنه لم يصدر قانون فيه نص صريح يمنع المحاكم الشرعية من نظر قضايا غير المسلمين فى أحوالهم الشخصية ، سواء أكانوا تابعين لمجالس صدرت بها قوانين أم لمجالس لم تصدر بها قوانين ، فكلهم إذن داخل فى سلطانها ، وأحكامُها عليهم جائزة ، وإن فهم كثيرٌ من الناس غيرَ هذا خطأً . غاية الأمر أن المجلس الذى صدر به قانون خاص يكون له سلطة الفصل بين أتباعه ، ولكن هذا لا يمنع صحة الفصل من المحاكم الشرعية أيضاً ، لعموم اختصاصها الذى لم يُمنع بنص صريح .

ومن حيث إن الطرفين فى هذا الإشكال من طائفة لم يُعتمد قانونُها ، فليس لمجلسهم أية صفة قانونية فى الفصل فى النزاع بينهم ، وتنفيذ الداخلية أحكامه ليس

---

[1] هو الحكم الأول فى هذا الكتاب .

عملاً قضائيًّا سلبياً ، لو نُظر إليه بالنظر القضائىّ الصحيح ، لا بالنظرة المعروفة التى تجعل المحاكم الشرعية على قدم المساواة مع هذه المجالس ، واعتبارَها كلَّها جهاتٍ دينيةً على المعنى الإفرنجىّ الذى تشبَّعَت به الآراء . بل المحاكم الشرعية محاكم حقيقية ، والمجالس الملية لا تزيد إلَّا قليلاً عن مجالسَ عائلية ، أو مجالسَ عرفية .

ومن حيث إن عموم سلطة المحاكم الشرعية فى المسائل التى تسمى الأحوال الشخصية يعطيها الحقَّ الكاملَ فى إعادة النظر فى كل قرار يصدر من المجالس الملية ، وهل هو صادر ممن له سلطة إصداره ؟ وهل هو صحيح أو غير صحيح ؟ ومن باب أولى أن تنظر فيما يتعلق بتنفيذ هذه القرارات التى تسمى أحكاماً ، وهل تنفيذها متفق مع العدل والشريعة أو مخالف ؟ ومن باب أولى يدخل فى سلطانها ما يتعلق بالإجراءات الوقتية عند التنفيذ .

ومن حيث إن الإشكال المعروض فى هذه القضية لا يرجع إلَّا إلى الإجراءات الوقتية حين التنفيذ ، فإن المستشكلة لم تتعرض لموضوع القرار ولا لصحته أو بطلانه ، وإنما تتعرض لشىء جديد حصل بعد صدور القرار ، وهو أن الولد المحكوم عليها بضمه لأبيه خرج من يدها ، وصار فى يد أمها ، وثبت ذلك بحكم هذه المحكمة بنقل المفروض من النفقة للولد من المستشكلة إلى أمها ، وبفرض بدل فرش وغطاء ، وهو حكم صدر بعد قرار المجلس الملىّ بأكثر من سنة .

ومن حيث إنه بذلك تكون هذه المحكمة مختصة بنظر الإشكال مطلقاً ، وخاصة من ناحية أنه متعلق بالإجراءات الوقتية ، والتنفيذ حاصل فى دائرة اختصاصها ، لأنه فى قسم بولاق .

ومن حيث إنه ثبت مما قدمناه أن الولد ليس فى يد المستشكلة المحكوم عليها ، بل فى يد غيرها ، فلا يجوز تنفيذ القرار ضدها ، ويجب قبول الإشكال ووقف التنفيذ .

لذلك

قررنا قبول الإشكال ووقف تنفيذ الحكم المستشكل فيه حضورياً .

١٠ – حكم

الإنكار بعد الإقرار إنكار باطل لا يعول عليه ، ولا يمنع سماع دعوى الزوجية .

الإقرار فى محاضر رسمية بالتوقيع على عقد زواج عرفى لا يؤثر فيه الإنكار بعده ، بل يعتبر الإقرار الرسمى توثيقاً يكفى فى سماع الدعوى .

شهادة الميلاد الرسمية هى التى تصدر عن مصلحة الصحة العمومية . وأما الشهادات من الجهات الأجنبية أو الدينية للمولودين بالقطر المصرى فليست لها قيمة الشهادات الرسمية إلا إذا قيد تاريخ الميلاد رسميا بسجلات مصلحة الصحة .

يكتفى فى تقدير سن أحد الزوجين ، إذا كان ساقط القيد ، بشهادة طبيب واحد .

السبت ٦ ذى الحجة سنة ١٣٥٩ ٤ يناير سنة ١٩٤١

محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر

القضية رقم ١٣٠٤ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠

الوقائع

ادعى المدعى أنه زوج للمدعى عليها بعقد صحيح ودخل بها ، وأنه هيأ لها مسكناً شرعيًّا . . . إلى آخر ما ذكره بدعواه ، وطلب الحكم له عليها بدخولها فى طاعته فى المسكن المذكور وإلزامها بالمصاريف والأتعاب . ووكيلها دفع الدعوى أولاً بعدم السماع ، لعدم توجهها على المدعى عليها ، لأنه لا صلة بينهما فى شىء ، ولا زوجية بينهما ، ثم قرر أنه يريد بذلك إنكارَ الزوجية بتاتاً . وقدم المدعى لإثبات الدعوى ورقة عرفيةً قال أنها تتضمن عقد الزواج بين الطرفين بتوقيعهما وتوقيع شاهدين ، وأن والدها وقَّع عليها أيضاً ، وهى مؤرخة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ . ووكيلها تمسك بالدفع السابق ، ودفع أيضاً بعدم السماع ، لأنه لم يقدِّم مُسوِّغُ سماعها ، طبقاً للمادة (٩٩) ، وأن الورقة المذكورة لا قيمة لها ، فضلاً عن إنكارها .

وحضر الطرفان شخصياً ، وسئلت المدعى عليها عن عمرها فقالت إنه ١٣و٥ سنة ، وأنكرت التوقيع على ورقة الزواج ، وقررت أنها لا تعرف الكتابة . وقال وكيل المدعى: إن اشتراط الإشهاد فى سماع الدعوى إنما هو عند الإنكار ، وإن المدعى عليها مقرةٌ به فى محاضر رسمية أمام النيابة ، وإقرارها حجة عليها ، ولا يؤثر فيه الإنكار بعد ذلك ، وطلب ضم تحقيق النيابة والطلبَ المقدَّمَ من الطرفين إلى محكمة مصر الشرعية فى ١٨ يناير سنة ١٩٤٠ بعمل تصادق على الزواج . وقد ضُمَّ الطلبُ المذكور ، الواردُ بخطاب محكمة مصر الشرعية فى ٨ سبتمبر سنة ١٩٤٠ ، كما ضُمت أوراقُ الشكوى رقم ١٣٤٣ سنة ١٩٤٠ إدارى بولاق ، الواردة بخطاب نيابة بولاق فى ٩ يولية سنة ١٩٤٠ ، ونوقشت المدعى عليها فيما جاء بمحاضر تحقيق النيابة. ثم دفع وكيلها بعدم السماع أيضاً ، لأنها لم تبلغ السادسة عشرة من عمرها ، وقدم شهادة ميلادٍ باسمها ، صادرةٍ من قنصلية فرنسا باللغة الفرنسية ، وتُرجمتْ رسميًّا بواسطة وزارة العدل ، وهذه الشهادة محررة فى ٣ يونية سنة ١٩٤٠ ، ومصدقًا على ختم القنصلية الفرنسية من محافظة القاهرة فى ٨ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، وتتضمن أن المدعى عليها مولودة فى ١٩ يولية سنة ١٩٢٦ ، طبقاً لما هو مسجل بسجلات الأمور المدنية والميلاد ، الموجودة بأبروشية القديس مرقس الإنجيلى .

وقال وكيل المدعى : إن هذه الشهادة غير رسمية ، فلا يعول عليها ، وقدم شهادة من الدكتور إبرهيم ناجى ، مؤرخة فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، ومؤشراً عليها من حضرة وكيل النيابة بتقديمها فى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٠ ، وهى تتضمن أن الطبيب كشف على المدعى عليها ووجدها تبلغ من العمر أكثر من ستة عشر عاماً . وقال المدعى : إن والد المدعى عليها متجنس بالجنسية الفرنسية ، والمدعى عليها مولودة بمصر ، وكان الواجب قيدها فى وزارة الصحة كالمعتاد ، وإنها لم تقيد بالقنصلية الفرنسية إلا فى سنة ١٩٣٩ ، وإن فى الملف المضموم من النيابة ورقة باللغة الفرنسية تؤيد ذلك ، فهى تنفى رسمية شهادة الميلاد . نخابرت المحكمةُ وزارةَ العدل بطلب

ترجمة الورقة المذكورة ، والتحرى من القنصلية الفرنسية عن حقيقة التاريخ الذى قُيِّدت فيه المدعى عليها بدفاتر القنصلية ، فورد خطاب وزارة العدل المؤرخ ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ ، ومعه ترجمة الورقة المبينة ، وخطابٌ من القنصلية الفرنسية وترجمتُه بالإجابة على سؤال المحكمة . وترافع الطرفان بما فى المحاضر والمذكرات . وقدم المدعى للاستئناس نسخةً من تعليمات مصلحة الصحة العمومية المطبوعة بالمطبعة الأميرية سنة ١٩٢٣ ، والعددَ الثامن من السنة العاشرة من مجلة المحاماة الشرعية . وصمم المدعى على دعواه ، وصمت المدعى عليها على أقوالها ، وتقرر ضم الدفعين للموضوع ، وأحضر المدعى شاهدين سمعت شهادتهما على وقائع الدعوى .

المحكمة

أما الدفع الأول بعدم السماع لعدم توجه الدعوى : فإنما هو إنكار للدعوى فقط ، وليس دفعاً بشىء معين .

وأما الدفع الثانى بعدم السماع ، لأن المدعى لم يقدم المسوغ المنصوص عليه فى المادة (٩٩) من اللائحة ، التى منعت الفقرةُ الرابعةُ منها سماعَ دعوى الزوجية أو الإقرار بهـا عند الإنـكار فى الحوادث التى بعد أول أغسطس سنة ١٩٣١ إلاّ إذا كانت ثابته بوثيقة زواج رسمية — : فانه دفعٌ غيرُ مقبولٍ فى هذه الدعوى .

أولاً : لأن إنكارَ المدعى عليها الزوجيةَ ، أو الإنكارَ الذى وُضِعَ على لسانها فلُقِّنَتْهُ وقالته بالجلسة ، ليس إنـكاراً مانعاً من سماع الدعوى . فإن الإنكار المشروط فى المادة إنما يراد به الإنكارُ الجدِّىُّ الصحيحُ ، الذى لم يُقصد به إلى العبث والتعنت ، والذى لا تقوم الأدلة على بطلانه . أما هذا الإنكار الذى تمسكت به المدعى عليها فى موقفها فإنه إنكار باطل ليست له أية قيمة . لأن المدعى تزوج المدعى عليها ، وهو مسلم وهى مسيحية ، ومثل هذه العقود لايمكن إثباتها لدى المأذونين ، وإنما تثبت بالمحكمة الشرعية ، بعد اتخاذ إجراءات معينة ، فتعاقَدَ

الزوجان على الزواج ، وأثبتاه بورقة عرفية مقدمة فى القضية ، وهى مؤرخة فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، ووقع عليها من الزوجين ومن شاهدين ، وأجازه والدها ، ووقع على ذلك بإمضائه ، وهى مؤشر عليها من حضرة وكيل النيابة المحقق فى الشكوى بتقديمها من المدعى فى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٠ ، ثم تقدم الزوجان إلى محكمة مصر الشرعية بطلبٍ موقع عليه منهما ، تضمن أيضاً اعترافهما بالزواج ، وطلبا التصادقَ عليه فى ١٨ يناير سنة ١٩٤٠ ، وأُشّر عليه من حضرة رئيس المحكمة بالتحرى عنهما .

ثم تقدم أخو المدعى عليها بشكوى إلى حضرة رئيس نيابة مصر فى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ ، يتهم فيها المدعى بأنه هتك عرض أخته المدعى عليها بالقوة فى ٣٠ يناير سنة ١٩٤٠ ، فبدأت النيابة التحقيقَ فى هذه الشكوى يوم ورودها ، وسئل الشاكى ووالده والزوجان وغيرهما ، واستمر التحقيق حتى انتهى فى يوم ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٠ ، ثم قرر حضرة وكيل النيابة المحقق فى ١٠ مارس سنة ١٩٤٠ حفظ الشكوى إداريا ، ووافق على ذلك حضرة رئيس النيابة فى اليوم نفسه .

وقد سئلت المدعى عليها فى محاضر التحقيق ، فأنكرت الزواج ، واعترفت بتوقيعها على العقد المقدم من المدعى ، وفسرت توقيعها بأنها لا تعرف هذه الأشياء ، وأن المدعى أخذها « وخلاها أمضت » ، وأن أباها كان سكراناً ، وأن المدعى أفهمهم أن هذه خِطبة وليست زواجاً . واعترفت أيضاً أمام النيابة بتوقيعها على الطلب المقدم للمحكمة الشرعية للتصديق على الزواج ، وأن المدعى هو الذى عمل هذا كله ، وهى لا تعرف هذه الأشياء . واعترفت أيضاً بذهابها للطبيب ، وأنه قدّر سنها ١٦ سنة ، وأن المدعى دخل بها ، وادعت أن الدخول كان بالإكراه ، وإن اعترفت مع ذلك بأنها أقامت فى منزله سبعة أيام ، مع قرب منزل أهلها من منزل أهل المدعى ، إلى آخر أقوالها الثابتة بمحاضر التحقيق ، وقد وقعت عليها بإمضائها بالحروف الإفرنجية ، وهى مطابقة تماما لتوقيعها على ورقة الزواج وعلى

الطلب المقدم لمحكمة مصر الشرعية ، وقد ثبتت واقعة التوقيع منها ومن أبيها على ورقة الزواج بأقوال من سُئلوا فى التحقيق .

فهذا كله دليل رسمىّ على إقرارها بالتوقيع على عقد الزواج العرفىّ ، والإنكار بعد الإقرار لا يُسمع ولا يُقبل . فالمدعى عليها إذن معترفة بالتوقيع على عقد الزواج فى محضر رسمىّ ، بل فى مجلس قضائىّ ، لأن تحقيق النيابة من التحقيقات القضائية .

وقد ذهبت إلى نحو هذا المعنى محكمة طنطا الابتدائية الشرعية ، المنعقدة بهيئة استئنافية ، فى حكم أصدرته بجلسة ٨ مايو سنة ١٩٣٧ فى القضية ١٣١٦ سنة ٣٥ / ١٩٣٦ ونشر بالعدد الثامن من السنة العاشرة من مجلة المحاماة الشرعية (ص ٧٤١ — ٧٤٣) ، وقد فسّرت الإنكار الوارد فى المادة (٩٩) بأن « المراد به الإنكارُ الذى لم يوجد إقرار سابق ينافيه ، ولو لم يكن أمام مجلس القضاء ، مادام ثابتاً بالطريق الذى بينه القانون » .

وأيضاً : فإن المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ بينت معنى الوثيقة الرسمية التى جُعلت شرطاً فى سماع الدعوى فى المادة (٩٩) ، فقالت (ص٧١) ما نصه : « ووثيقة الزواج الرسمية هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها طبقا للمادة (١٣٢) ، كالقاضى والمأذون فى داخل القطر ، وكالقنصل فى خارجه » . وهذا التمثيل فى المذكرة ليس على سبيل الحصر ، كما هو بديهى . فاعتراف المدعى عليها أمام حضرة وكيل النيابة الذى حقق الشكوى ، بأنها وقعت على ورقة الزواج ، يعتبر توثيقاً رسمياً باعترافها بهذا العقد ، وهو عقد الزواج ، وادعاؤها أنها لم تعرف معناه ادعاء ظاهر التحايل ، وتعنت واضح ، بعد أن نَفّذت عقد الزواج ، بالدخول والإقامة فى منزله أسبوعا باعترافها ، فى مدينة كالقاهرة ، و بين سمع والديها و بصرهما .

و إثبات هذا العقد رسميا بالورقة المعترف بها أمام النيابة ، يحقق تمام التحقيق الحكمة التى بيّنت المذكرة التفسيرية أنها هى الدافع لتشريع الفقرة الرابعة فى المادة (٩٩) لصيانة عقد الزواج والاحتياط فى أمره ، حتى لايعجز أحدهما عن إثباته أمام

القضاء عند الجحود ، وحتى لا يدعيه بعض ذوى الأغراض زوراً وبهتاناً ، أو نكاية وتشهيراً ، أو ابتغاء غرض آخر ، اعتماداً على سهولة الإثبات بالشهود .

فمن هذا كله يتبين أن دعوى الزوجية فى هذه القضية لم تصادف إنكاراً ، حتى يشترط فيها وجود المسوغ . وأن المسوغ موجود أيضاً ، وهو ثبوت الاعتراف بها رسميا فى مجلس قضائىّ ، هو تحقيق النيابة المختصة .

ومما يؤيد أن إنكار المدعى عليها التوقيعَ على الورقة إنكارٌ عابث لا قيمة له ، أنها أنكرت أمامنا فى هذه القضية ذهابها إلى النيابة وسؤالها ، وقررت أنها لا تعرف هذه الشكوى ، أى شكوى أخيها ، ثم زادت إمعاناً فى الإنكار ، فزعمت أنها لا تعرف القراءة والكتابة ، ظنا منها ، أو ممن أفهمها ، أن هذا الإنكار الملقَى على عواهنه يفيد فى نفى ما وقعت عليه من الأوراق ومن المحاضر الرسمية . ولذلك لم يجد حضرة وكيلها مندوحةً من أن يبرأ من الطعن بالتزوير فى محاضر تحقيق النيابة ، حين أفهمناه هو والمدعى عليها أنها محاضر رسمية لا يُقبل فيها إلاّ الطعن بالتزوير .

فظهر جلياً بطلان هذا الدفع بعدم السماع .

وأما الدفع الثالث بعدم السماع لأن المدعى عليها لم تبلغ السادسة عشرة من عمرها طبقا للفقرة الخامسة من المادة (٩٩) : فإن المدعى عليها قدمت لإثباته شهادةً باللغة الفرنسية ، صادرة من قنصلية فرنسا بالقاهرة ، فى ٣ يونية سنة ١٩٤٠ ، ومصدقا على ختم القنصلية من محافظة القاهرة فى ٨ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، وترجمت بوزارة العدل فى ٩ منه ، وهى تتضمن « أنه فى يوم ١٩ يولية سنة ١٩٢٦ بمصر ولدت الطفلة المسماة . . . من أبيها . . . ومن والدتها . . . هذا طبقاً لما هو مسجل بسجلات الأمور المدنية والميلاد ، الموجودة بأبروشية القديس مرقس الإنجيلى »

وهذه الشهادة لا نرى أنها شهادة ميلاد رسمية ، بالمعنى الدقيق للكلمة ، المنصوص عليه فى المادة (١٣٢) ، لأن نائب القنصل الذى وقع عليها إن أمكن

اعتباره موظفا بإحدى المصالح العمومية ، أو على الأقل احترام توقيعه بوصفه موظفا فى هيئة رسمية أجنبية ، ومع التسليم بأنه أصدر الشهادة عن حقيقة المسجل بدفاتر القنصلية ، إلاّ أنه فى الحقيقة ليس الموظف المختصّ بإصدار شهادة الميلاد : وليس المسجَّل بأبروشية القديس مرقس الإنجيلى مسجّلاً فى سجل رسمىّ ، عن يد موظف بإحدى المصالح العمومية مختصّ بذلك ، لأن شهادة الميلاد إنما يسجلها الموظف العمومىّ المختص بتسجيلها فى سجلات حكومية معترف بها ، ودفاتر الكنائس ليست من هذا النوع أصلاً ، خصوصا وأن المدعى عليها مولودة بمصر ، والقانون رقم (٢٣) الصادر فى ١١ أغسطس سنة ١٩١٢ نافذ المفعول على المصريين والأجانب ، وهو يوجب قيد المواليد فى الدفاتر المختصة لذلك فى موعد لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من وقت الولادة ، و إنما أجازت المادة (٢٠) من هذا القانون للأجانب أن يستعيضوا عن التبليغ بتقديم صورة مصدق عليها من شهادة الميلاد المحررة بمعرفة السلطة المدنية أو الدينية المختصة فى ظرف خمسة عشر يوماً ، وقد نصت المادة (٢٢) منه على أنه فى حالة رفع الدعوى بعدم التبليغ عن الولادة أو الوفاة يتم القيد بمجرد الحكم النهائىّ القاضى بالعقوبة . والمدعى عليها لم تقدم شهادة ميلاد صادرة من مصلحة الصحة العمومية طبقا للقانون ، فلا بدّ لها فى إثبات تاريخ مولدها من تقديم حكم قضائىّ يمكن قيد اسمها بمقتضاه فى دفتر المواليد ، ثم تستخرج الشهادة بعد ذلك . وأما شهادة القنصلية المبنية على سجل الأبروشية فليست قاطعة فى إثبات تاريخ الميلاد .

ومما يقطع بعدم صحة هذه الشهادة أن والدة المدعى عليها قدمت شهادة باللغة الفرنسية فى تحقيق النيابة ، مؤشراً عليها من حضرة الوكيل المحقق بالتقديم فى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٠ ، وقد ترجمت هذه الشهادة رسميا فى وزارة العدل ، وهى نصُّ المسجَّل بسجل عقود الأحوال المدنية للرعايا الفرنسيين بالقاهرة لسنة ١٩٣٩ برقم (٩٦) . وقد أظهرت هذه الصورة الحقيقةَ الواقعةَ فى تسجيل مولد المدعى عليها ، وأن والدها تقدم إلى القنصلية فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ — أى بعد عقد الزواج بثلاثة أيام — وقدَّم إليها شهادةَ تعميد المدعى عليها وطلب تسجيلها . ونصُّ شهادة

التعميد ليس قاطعاً أيضاً فى تاريخ الولادة ، لأنه صدر فى ١٦ مارس سنة ١٩٣٠ بأن «الأب . . . عَمَّدَ البنتَ . . . المولودة فى القاهرة بتاريخ ١٩ يولية سنة ١٩٣٦» فلم تثبت السلطة الدينية لوالد المدعى عليها ولا السلطة المدنية تاريخَ مولدها فى الموعد القانونى ، إذا صَحَّ أنها ولدت فى ١٩ يولية سنة ١٩٣٦ ، بل أثبتته السلطة الدينية بعده بما يقرب من أربع سنوات ، ثم أثبتته السلطة المدنية بعد عقد الزواج بثلاثة أيام .

ولما تُرجمت لنا هذه الشهادة بالجلسة ترجمة شفوية ، قبل ترجمتها رسميا ، أردنا أن نزداد توثقاً وتحرياً للحقيقة ، فطلبنا من وزارة العدل التحرىَ من القنصلية عن حقيقة التاريخ الذى قيدت فيه المدعى عليها بدفاترها ، فورد لها خطاب القنصلية إلى محافظة القاهرة ، مؤرخا ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ ، ومترجماً ، تضمن أن البيانات الواردة فى المستخرج — يعنى الشهادة رقم ٩٦ سنة ١٩٣٩ المشار إلى مضمونها — هى طبق الأصل لمضمون الشهادة الأصلية ، وأن والد المدعى عليها لم يقم بالتبليغ عن ميلاد بنته إلى القنصلية فى المدة المنصوص عليها فى القانون الفرنسى ، وهى ثلاثون يوماً من تاريخ الميلاد ، استناداً إلى إجراء آخر أجازه القانون ، وهو إجازة تسجيل شهادة الميلاد ، أو أى شهادة أخرى تقوم مقامها ، صادرةٍ من جهة ذات اختصاص معترف بها من الحكومة المحلية ، وأنه لم يُحدَّد ميعادٌ للقيام بهذا الإجراء ، فيصح أن يطلب فى أى وقت ، ثم ذكرت القنصلية فى خطابها مضمون شهادة التعميد ، ثم قالت: « فإذا كان تاريخ الميلاد الذى ورد فى شهادة العماد يبدو أنه لا يطابق التاريخ الحقيقى الذى ولدت فيه الآنسة . . . فلصاحب الحق أن يطعن بالتزوير فى هذه الشهادة ، وأن يقدم شكوى ضد المبلغين أمام الجهة القضائية المختصة » ثم ذكرت القنصلية فى ذيل خطابها ملحوظةً تضمنت أنه يجوز للجهات الملكية المصرية أن تطلب من والد المدعى عليها تقديم مستخرج رسمىٍّ من شهادة ميلادها التى صدرت طبقا للقانون المصرى من وزارة الصحة العمومية فى الثلاثة الأيام التالية لميلادها ، ليثبت بطريقة قاطعة تاريخ ميلاد ابنته .

فهذا الخطاب من القنصلية يدل دلالة صريحة على أن مولد المدعى عليها لم يقيد فى دفاتر القنصلية إلاّ فى يوم ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ بعد عقد الزواج ، وأن والدها قصَّر فى تسجيل مولدها ، فلا هو اتَّبع القانونَ المصرىّ الذى يجب عليه الخضوع له ، بالقيد فى ظرف ١٥ يوماً ، ولا هو اتَّبع القانونَ الفرنسىَّ الذى حَدَّد له ٣٠ يوماً ، وإنما قيدها بعد أكثر من ١٣ سنة من التاريخ الذى زعمه لمولدها .

فصارت شهادة الميلاد التى قدمتْها المدعى عليها لمنع سماع الدعوى شهادةً لا قيمة لها ، وتكون المدعى عليها من المواليد الذين لم يقيدوا بالدفاتر المخصصة لقيد المواليد بالقطر المصرى ، ولذلك لجأت هى والمدعى عند إرادة الزواج إلى الطريق الذى عليه العمل فى مثل هذه الحال ، فذهبا إلى أحد الأطباء ، وقدَّر عمرَها بأكثر من ستة عشر عاماً ، وذلك فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، قبل العقد بخمسة أيام ، وقد اعترفت المدعى عليها فى تحقيق النيابة بذهابها إلى الطبيب ، وأنه قدر سنها ١٦ سنة . وقد نصت تعليمات وزارة العدل على أنه يكتفى بشهادة طبيب واحد مقرر ، سواء أكان من موظفى الحكومة أم لا ، فلا ينفى ما ثبت بشهادة الطبيب إلاَّ بدليل رسمىّ قطعىّ لاشبهة فيه ، لأن الأصل فى الدعاوى السماع ، وأما عدم السماع فإنه مَنْعٌ عارضٌ على خلاف الأصل ، أو هو استثناء معيَّن، لايثبت إلّا بما لاشك فيه .

وأما موضوع الدعوى : فإن المدعى قد أثبت زوجيته بالمدعى عليها بالعقد العرفىّ، الذى ثبت اعتراف المدعى عليها رسمياً بالتوقيع عليه ، وصار وثيقةً رسمية بإثباته فى محاضر تحقيق النيابة ، وهذا العقد يثبت أيضاً أنه أوفاها صداقَها فى الفقرة الثالثة منه . وقد أثبت المدعى باقىَ دعواه بشهادة شاهدين لم تطعن عليهما المدعى عليها . والزوجةُ إذا استوفت عاجل صداقها وهيأ لها زوجها مسكناً شرعياً وكان أميناً عليها وجب عليها الدخول فى طاعته فيه .

لذلك

قررنا رفض الدفعين ، وحكمنا للمدعى على المدعى عليها بالدخول فى طاعته فى المسكن المذكور ، وأمرناها بذلك حضوريا .

تعليق

استأنفت المدعى عليها هذا الحكم أمام محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، وتقرر إلغاؤه وعدم سماع الدعوى ، بجلسة ١٢ يونية سنة ١٩٤١ ، « لأن الزوج قرر أن هذه الزوجية حصلت فى ١٩٣٩ ، وليست بوثيقة زواج رسمية ، والمستأنفةُ أنكرت الزوجيةَ إنكاراً كلياً ، ولم تعترف بصحة الإقرارات المنسوبة إليها ، والمادة (٩٩) قاطعة فى أنه فى حالة إنكار الزوجيــة المدّعَى حصولُها بعد أول أغسطس ســنة ١٩٣١ لا يُقبل أىُّ دليل لإثباتها إلاّ إذا كان وثيقة زواج رسمية محررة طبقاً للشروط والأوضاع المشار إليها بها ، ومنعت المادةُ المذكورة أيضاً سماع دعوى الإقرار بالزوجية ما لم يكن هذا الإقرار ثابتاً بوثيقة زواج رسمية . فلا وجه لما ذهبت إليه محكمة أول درجةٍ من أن المستأنفة أقرت بالزوجية بالأوراق المشار إليها بحكمها ، لأن ذلك مخالف لنص المادة المذكورة ، ومن ثم تكون هذه الدعوى غير مسموعة قانوناً ، ويكون الحكم المستأنف الصادر فيها باطلاً ، لأن المحكمة ممنوعة من إصداره ، وفاقدة الولاية بالنسبة له ، ويتعين لذلك إلغاؤه وعدم سماع الدعوى » .

تعقيب

أظن أن المطلع على الحكم لا يساوره شك فى أن زواجاً صحيحاً شرعياً وقع فعلا بين طرفى القضية ، وأنه ثابت بأدلة لا يتطرق إليها احتمال الخطأ ، ولذلك حفظت النيابةُ الشكوى فى التهمة التى وُجّهت إلى الزوج . وقد صار الزوج مغلول اليد عن التعرض لزوجته ، والمحاكم كلها ممنوعة من سماع دعوى الزوجية منه ، وصار فى استطاعة الزوجة ، إن شاءت أو شاء أهلها ، أن تتزوج زوجاً آخر وهى فى عصمة

رجل شرعا ، فى دولة دينها الرسمىّ الإسلام ، ثم لا يستطيع أحد أن يمنعها أو ينكر عليها .

أنا لا أريد بهذا أن أنكر على محكمة الاستئناف حكمها ، فهو حكم نهائىّ واجب النفاذ وواجب الاحترام ، وقد اجتهدتْ فى تطبيق نص القانون . ولعلى لا أزال أرى أن قد كان فى وسعها — تفادياً لهذه النتائج — أن تتأوّل القانون كما تأولتُه ، وهو تأوُّلٌ قريب ، يحتمله اللفظ ، ويؤيده المعنى ، وتنصره الحكمة التى قيل فى المذكرة التفسيرية أنها كانت سببَ هذا التشريع .

ولكنى أريد أن أنقد القانون نفسَه ، أعنى الفقرة الرابعة من المادة (٩٩) ونصها : « ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلاّ إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية ، فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ » .

وهذه الفقرة قد مُهِّد لوضعها فى المذكرة التفسيرية (ص ٧٠) بأنه : « من القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص ، وأن لولىّ الأمر أن يمنع قضاتَه عن سماع بعض الدعاوى ، وأن يقيد السماعَ بما يراه من القيود ، تبعاً لأحوال الزمان وحاجة الناس ، وصيانةً للحقوق من العبث والضياع » .

وهذا صحيح فى جملته ، غيرُ صحيح فى عمومه وتفصيله . فإن لولىّ الأمر حقًّا أن يخصص قضاتَه بما يراه ، وهم نوّابُه فى الحكم والوكلاء عنه ، ولكنه عِصْمةُ الناس فى دمائهم وأعراضهم وأموالهم ، فإذا مَنع أحدَ وكلائه من سماع دعوى مُدَّعٍ ، فإنما يمنعه ليأذنَ غيره بسماعها والحكم فيها ، أو ليسمعَها هو بنفسه ويحكم ، بما أمر اللهُ رسولَه أن يَحكم بين الناس بما أنزل الله ، وولىُّ الأمر خليفةُ رسول الله والنائبُ عنه ، وعلى الناس طاعتُه طاعةً لله ورسوله . أمّا أن يُمنع القضاة كلهم من سماع دعوى ، حتى لا يوجد قاضٍ يؤذن بالحكم فيها، فلا ، لما فى ذلك من إهدار حقوق

الناس ، فى دمائهم أو اعراضهم أو أموالهم . نعم ، إن الفقهاء نصوا على المنع من سماع بعض الدعاوى إطلاقا ، ولـكن ذلك فى الحالات التى تدل الدلائل ، من قرائن وغيرهـا ، على أن المدعىَ غيرُ محقٍّ فى دعواه ، أو يغلبُ ذلك على الظن ، كالمنع من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة ، بالشروط المنصوص عليها فى المادة (٣٧٥) . فهذا معنى آخرُ ، غيرُ معنى تخصيص القضاء .

و إنى أرى أن واضعى القانون غَلَوْا فى تطبيق قاعدة " تخصيص القضاء " غُلُوًّا شديداً ، فـكلما عُرِض عليهم مرضٌ من أمراض الأمة الاجتماعية ، وطُلب إليهم علاجه ، لم يجدوا ملجأً إلاّ أن يَنفُذُوا من باب " تخصيص القضاء " إلى " منع سماع الدعوى " ، فهم يريدون منع بعض الأحداث التى فيها شىء من الضرر ، فيحققون فى الأمة ضرراً أكبر ، بمنع كثير من الناس من الوصول إلى حقهم ، ثم أكثر ما يكون هذا فى شأن الأعراض ، وهى التى تفدى بالأرواح والأموال .

وها هى ذى الحوادث تُعرض علينا كلَّ يوم تترَى ، ترَى زوجين ذهبـا إلى مأذون العقود ، فعقد زواجهما ، ثم اختلف الزوج معه على أجره مثلاً ، فوقف المأذون عن إثبات العقد بدفتره ، ثم توالت الأيام ، فإذا أحدهما ينكر على الآخر الزوجية لغرض فى نفسه ، فلا يجد الآخر موئلاً إلاّ القاضى ، والقـاضى ممنوع من سماع دعواه . فان كان المنكرُ الزواجَ المرأةَ ، وقف الرجلُ حائراً ، وقد يراها تتزوج غيره بعقد رسمىّ ، لا يملك لمنعها حيلة ، وقد غُلَّت يده . و إن كان المنـكرُ الرجلَ ، ابتأست المرأة واضطربت ، وضاق عليها ما اتسع ، فلا هى ذاتُ زوج ، لأن القاضى ممنوع من سماع دعواها ، ولا هى مطلَّقة ، لأن حكم القاضى بعدم سماع دعواها ليس حكماً بالطلاق ، ولا هى بمستطيعة أن تتزوج غيره ، وهى تعلم أنها فى عصمة رجل ، لا يحل لها الزواج بغيره ، ودينُها وشرفُها يأبيان عليهـا أن تتردَّى فى هذه الهوّة .

وأكثر النساء ضعيفات غريرات ، وفى الرجال ممالقون مخادعون ، وأكثر ما تكون أمثال هذه الحوادث فى سنّ الشباب ، وهو سنّ الثورة وسنّ التسرع والاندفاع ، إلى الجهل بالعواقب أو العَمى عنها . فيكثر هذا النوع من الأحداث ، والقانون بمنع السماع لا يردعهم ، وعقود الزواج تذهب هدراً ، فكان هذا التشريعُ الذى وضع لصيانة الحقوق من العبث والضياع هو الذى يعرضها للعبث والضياع .

وقد كان فى الوسع العلاج بخير من هذا : تُفرض عقوبة رادعة ، فتُسمع الدعوى ، ويحققها القاضى ، فإذا ثبت الزواج بالدلائل الصحاح ، حَكم بثبوته ، ثم أوقع العقوبةَ على المقصّر ، من الزوجين أو غيرهما ، فى إثباته بالوثيقة الرسمية . وهذا هو العلاج الزاجر حقًّا ، وإنّ « مَنْ يَزَعُ السلطانُ أكثرُ ممن يَزَعُ القرآنُ » .

١١ — حكم

القوانين الوضعية إذا لم تخالف نصًّا من نصوص الكتاب والسنة وجبت طاعتها والعمل بها شرعا
قانون التسجيل لم يصادم نصًّا من الكتاب والسنة ، فتجب طاعته والعمل به فى كل الجهات القضائية ، ويعتبر حكمًا على الكافة .
العقد الذى لم يسجل لاينقل الملكية ولا ينشئها فى العقار ، حتى بين المتعاقدين أنفسهما .

السبت ٨ ذى القعدة سنة ١٣٥٩ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٠
محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر
القضية رقم ١٩٠٥ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠

الوقائع

طلبت المدعية فرض نفقة لها على أخيها لأبيها المدعى عليه ، لفقرها وخلوها من الأزواج وعدتهم ، وأنه ليس لها من تجب نفقتها عليه سواه ليساره ، وزادت أن لها ثلاثة إخوة لأب غير المدعى عليه ، لا يمكنهم الإنفاق عليها . والمدعى عليه صادق على الأخوة وأنكر ما عدا ذلك . ودفع الدعوى بيسار المدعية بما ورثته عن زوجها المرحوم . . . الذى توفى عنها وعن زوجة أخرى وأولاد ، وترك ٢٠ ط ٢ ف ومنزلاً بقسم بولاق ، فهى تملك بالميراث عنه نصفَ الثُّمن فى الأطيان والمنزل ، وأن قيمة نصيبها فى الأطيان نحو ٥٠ جنيها ، وأن المنزل جميعه يساوى ٦٠٠ جنيها . وأنكرت المدعية الدفع . فقدم وكيل المدعى عليه محضر جرد تركة . . . المتوفى فى أكتوبر سنة ١٩٣٥ ، تضمن أن تركته قدرت بمبلغ ٤٠٠ جنيها ، وورد أموال عن سنة ١٩٤٠ دل على تكليف ٢٢ س ١ ط ١ ف باسم . . . بناحية . . . وإيصالاً بمبلغ ٥٥ قرشا موقعاً عليه بختم منسوب للمدعية مؤرخًا ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٩ ، قال إنه قيمة

باقى استحقاقها فى إيجار سنة ١٩٣٩ من أطيان ومنزل . والمدعية لم تنازع فى المذكرة المقدمة من وكيلها فى أنها كانت زوجة المتوفى وأنها من ورثته ، واستحقت هذا النصيب فى تركته ، وأن نصيبها يقدر بنحو ٢٥ جنيها ، ولكنها باعت نصيبها لابن زوجها وهو ابن ضرتها ، ويدعى . . . بالصفة المبينة المذكورة ، وأحضرت الشخص المذكور ، وقدم إشهاد وراثة والده الصادر من هذه المحكمة فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، والمتضمن أنه توفى وأن المدعية وارثة له بصفتها إحدى زوجتيه ، وقدم عقداً عرفيًّا مؤرخاً فى ١٧ مارس سنة ١٩٣٧ غير ثابت التاريخ رسميًّا ، تضمن أنها باعت له حصةً قدرها ٦ س ١ ط مشاعا فى أرض و بناء المنزل . . . و $\frac{1}{8}$ ١٣ س ٣ ط أطيانا زراعية شائعة فى ١٨ س ٨ ط ٢ ف بثمن قدره ٢٢ جنيها دفع فوراً للبائعة ، وأن المشترى وضع يده على المبيع . ونوقش المشترى شخصيا بالجلسة ، فقرر أنه لم يضع يده على هذا القدر ، وأنه لم يضع يده أيضا على نصيبه هو فى ميراثه عن أبيه .

المحكمة

من حيث إنه ثبت من أقوال المدعية و إشهاد الوراثة والمستندات أنها ورثت عن زوجها المذكور مقداراً لا يقل ثمنه عن خمسة وعشرين جنيها مصريا .

ومن حيث إن المدعية ادعت أنها باعت ما ورثته عن زوجها لابنه بالعقد المذكور ، وقد تناقضت أقوالها فى عقد البيع المقدم منه مع أقوالها فى المذكرة ، إذ زعمت فى العقد أنها قبضت الثمن كله ، وادعت فى المذكرة المقدمة من وكيلها بجلسة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ أنها باعته إياه على أن يترك لها رَيْع الحصة حتى يدفع كامل الثمن مقسطا على أربع سنوات ، وأنها استولت على الريع إلى سنة ١٩٣٩ ، كما استولت على الثمن كله فى مدى الأربع السنوات الماضية ، مع أن العقد ، إن كان حقيقيا ، تضمن أنها قبضته فى وقته ، وهو ١٧ مارس سنة ١٩٣٧ ، ولذلك احتاجت

لهذه المداورة فى الأقوال ، حتى تبرر الإيصال الذى قدم حجة عليها فى قبض الرّيْع فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٩ .

ومن حيث إن أقوال المشترى بالجلسة تناقض أيضاً ماثبت بالعقد ، من أنه تسلم القدرَ المبيع له فى عقد البيع ، مع تقريره أمامنا أنه لم يتسلم شيئاً منه ، ولا نصيبه هو فى ميراث أبيه .

ومن حيث إن هذا كله كاف فى الدلالة على أن عقد البيع المذكور صورىّ ، اصطنع لخدمة هذه القضية ، وليست له حقيقة .

ومن حيث إنه فضلاً عن ذلك ، فإن هذا العقد غير مسجل تسجيلاً رسمياً ، وقانون التسجيل رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ الصادر فى ٦ يونية سنة ١٩٢٣ نص فى المادة الأولى منه على أن العقد الذى لم يسجل لا ينقل الملكية ولا ينشئها فى العقار حتى بين المتعاقدين أنفسهما .

ومن حيث إن ماقاله وكيل المدعية من أن المحاكم الشرعية ليست مختصة فى الفصل فى الملكية قولٌ غير سديد ، لأن القوانين الوضعية إن لمَّ تصادم نصًّا صريحاً من نصوص الكتاب والسنة الصحيحة ، دخلت فى عمومات القواعد الشرعية ، ووجب العمل بها ، طاعةً لولىّ الأمر ، كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « على المرء المسلم السمعُ والطاعةُ فيما أحب وَكَرِهَ ، مالم يُؤْمر بمعصية ، فإذا أُمر بمعصية فلا سمعَ ولا طاعةَ » .

وقانون التسجيل لم يصادم نصًّا من نصوص الكتاب والسنة ، و إنما هو أمرٌ من ولىّ الأمر بتنظيم قواعد نقل الملكية فى العقار ، وهو قانون عام ، يجب على الناس طاعتُه والعملُ به ، ويلزم احترامُه فى كل الجهات القضائية ، ويعتبر حكماً عامًّا على الكافة .

وهذه المحكمة لاتحكم فى هذه الواقعة بعينها فى ملكية العقار الذى ورثته المدعية ، لأن ذلك ليس من اختصاصها ، والنزاع فيه غير معروض عليها ، و إنما تنظر فى

مقدار حجية الدليل الذى تستدلُ به المدعية على فقرها وأنها لاتملك هذا الذى ورثته ، فإن كان الدليل حجةً قانونيةً صحيحةً اعتبرتْه ، وإن لم يكن حجةً قانونيةً لم تنظر إليه واطرَحَتْه . فهذا العقد غير المسجل ، الذى تستند إليه المدعية ، اعتبره القانون كأنه لم يكن ، بالنسبة لنقــل الملــكية بين طرفى العقد ، فلا يزال ماورثته جارياً فى ملــكها .

ومن حيث إنه بذلك تكون المدعية موسرةً بما ورثته عن زوجها ، فنفقتها فى مالها ، ولا تجب على المدعى عليه .

لهــذا

قررنا قبول الدفع ورفض الدعوى حضوريا .

١٢ — حكم

القوانين الوضعية لا تنسخ القرآن ، ولا تجوز مخالفته أبداً .
جريمة الزنا لا تثبت إلا بالأدلة التى نص عليها القرآن ، وتساهل القوانين فى طرق إثباتها ليس مسوغاً لرمى أحد به ، إلا أن يأتى القاذف بالشهداء ، أو يحلف أيمان اللعان إن كان زوجاً .
الزوج إذا رمى زوجه بهذه الجريمة ولم يأت بالشهداء ولم يلاعن لم يكن موضع الأمانة على تربية بنته .

الأحد ٢٥ صفر سنة ١٣٦٠ — ٢٣ مارس سنة ١٩٤١
محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر
القضية رقم ٢١٥٦ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠

الوقائع

طلب المدعى الحكم له على زوجته المدعى عليها بضم بنتـه منها . . . إليه ، وعمرها سنتان تقريباً ، ليقوم بشؤونها ويرعاها ، وإلزام المدعى عليها بالمصـاريف والأتعاب ، لأنها غير أهل لحضانة البنت ، لفسقها وانشغال بالها بشخص معيّن ، إلى آخر ماذكره بدعواه ومذكرتيه فى ٢١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ و ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٠ . ووكيلها أجاب من مذكرة تضمنت المصادقة على الزوجية والبنوة ، وأن البنت فى يد المدعى عليها ، وأن هذه الدعوى كيدية ، وأن ما نسبه المدعى إليها غير صحيح ، ولم يحكم عليها بالفسق ، وأنها صاحبة الحق فى حضانة البنت شرعاً . وقدّم المدعى صورة رسمية من نيابة بولاق من محضر ضبط واقعة فى القضية ٢٧٣٢ سنة ١٩٤٠ جنح بولاق ، وتقرير الطبيب الشرعى فيها ، وقدم شهادة من نيابة بولاق مؤرخة ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤٠ تضمنت أنه كشف من الجدول على القضية ٢٧٣٢ جنح بولاق سنة ١٩٤٠ فظهر أنها مقيدة بالمادتين (٢٧٤ و ٢٧٥) عقوبات ضد . . .

وشخص آخر . وكلف المدعى إحضار جميع شهوده وأدلته ، فأحضر شاهدين سمعت شهادتهما ، ثم تقرر عجزه عن الإثبات ، فلم يطلب شيئاً .

المحكمة

من حيث إن المدعى بنى دعواه على تهمة معيَّنة نسبها إلى المدعى عليها ، فرماها رمياً صريحاً بالزنا مع شخص ذُكر اسمه فى الأوراق .

ومن حيث إن الشاهدين اللذين استشهد بهما لم يشهدا بشىء مما يدعى ، ولو شهدا ما كانت شهادتهما كافيةً فى إثبات هذه التهمة التى يدعيها ، لأن نِصَابَ هذه الشهادة أربعُ شهودٍ بنصّ القرآن الكريم ، ولم يخالف أحد من المسلمين فى ذلك ، ولا فى أنه يجب أن تكون شهادتهم بصفة معينة ، وأنه إذا شهد ثلاثة وقصَّر الرابعُ فى شهادته جُلِدَ الثلاثةُ حَدَّ القذفِ ، ثمانين جلدةً لكل واحد منهم ، وكانوا فاسقين بنص كتاب الله ﴿ والذين يَرْمُونَ المُحْصَنَاتِ ثمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فاجْلِدُوهم ثمانين جلدةً ، ولا تَقْبَلوا لهم شهادَةً أبداً ، وأولئك همُ الفاسقون﴾ .

ومن حيث إن المدعى يستند فى إثبات دعواه إلى التحقيقات التى قدَّم صورتها ، وإلى الشهادة من النيابة بقضية الجنحة .

ومن حيث إن التحقيق ليس فيه اعترافٌ من المدعى عليها كما يزعم المدعى ، بل هى مصرة فيه على إنكار ما نُسب إليها ، واعتراف الشخص الآخر الذى رماها به ليس حجةً عليها ، بل هو حجة على المعترف وحده . وشريعتُنا الإسلامية بَرِّيَّةٌ بينةٌ ، إذا اعترف أحدُهما حُدَّ الحدَّ الشرعىَّ ولم يُحَدَّ الآخرُ ، ثم اعترافه فى التحقيق ليس اعترافاً شرعياً فى مثل هذه الجريمة ، التى شُرط فى إثباتها اعترافٌ بشكلٍ معيَّن ، أو بينةٌ بشكل معيَّن ، صوناً للأعراض ، وتضييقاً فى إثبات هذه الجريمة العظمى .

ومن حيث إن شهادة الشهود فى محضر التحقيق ، ومعاينة المحقق ، وتقرير الطبيب الشرعى ، ليست من الإثبات الواجب تحققه فى مثل هذا الموضوع ، فى الشريعة الإسلامية ، التى أمرنا بالحكم بها والخضوع لها .

ومن حيث إن المادة (١٢٣) من قانون المحاكم الشرعية وإن نصت على أن القرينة القاطعة من الأدلة الشرعية ، إلا أن هذا النص ، إن وجدت هنا قرينة ، لا يؤثر فيما جعل الله له بنص القرآن نصاباً معيناً فى الشهادة ، لأن القوانين لا تنسخ القرآن ، ولا تجوز مخالفته أبداً . فيكون المراد من هذه المادة مخصصاً بما لم ينص عليه فى الكتاب أو السنة نصاً صريحاً .

ومن حيث إن القوانين الوضعية وإن تساهلت فى طرق إثبات هذه الجريمة ، وفى العقوبة التى توقع على مرتكبها ، فإن هذا لا يؤثر فيما يجب على كل مسلم من طاعة كتاب الله ، وأنه لا يجوز له أن ينطق لسانه بهذه التهمة لشخص معين ، إلا حين يأتى بالشهداء الذين تقبل شهادتهم عليها ، وأنه إن لم يأت بالشهداء فهو كاذب عند الله فيما قال .

وقد خفف الله عن الأزواج الذين لا يجدون شهداء ، ويرمون زوجاتهم بهذه التهمة ، فأعفاهم من عقوبة القذف إذا حلفوا أيمان اللعان ، فإن نكلوا عنها كانوا قاذفين ، يعاقبون بحد القذف . وليس التقصير فى تنفيذ حدود الله الآن مبيحاً للزوج أو لغيره أن يقع فيما منعه الله من الوقوع فيه .

ومن حيث إن المدعى لم يقم البينة الشرعية الصحيحة على ما رمى به المدعى عليها ، ولم يحلف أيمان اللعان ، فحكمه فى كتاب الله حكم القاذفين ، كما قال الله : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون ﴾ . فليس حاله بعد هذا من الصلاح مما يسوغ له أن يطلب ضم بنته إليه ، ولا مما يسوغ للقاضى أن يراه موضع الأمانة على تربيتها .

لذلك

قررنا رفض الدعوى حضوريا .

١٣ — حكم

المقر يعامل باقراره إذا كان الاقرار صحيحا منطبقا على القواعد الشرعية والقانونية ولم يكن المقر متهما فيه .
يجب التحقق فى الإقرار بالطلاق مما إذا كان واقعاً مستكملاً الشرائط التى يقع بها الطلاق أولا ، فيحكم بما يظهر من صفته ، فاما صحيح وإما باطل .
لا فرق بين وصف الطلاق بالعدد لفظاً أو إشارة وبين إقرار المطلق بأن الطلاق مسبوق بطلقتين ، إذا تبين أن إقراره هذا غير صحيح .

الأحد أول جمادى الأولى سنة ١٣٥٠ — ١٣ سبتمبر سنة ١٩٣١
محكمة ههيا الشرعية . . . أحمد محمد شاكر
القضية رقم ٤٣٢ سنة ١٩٣٠ — ١٩٣١

الوقائع

طلبت المدعية فرض نفقة لها على المدعى عليه ، وقد حكم بها فى حكم آخر . وفى أثناء السير فى دعوى النفقة قدم المدعى عليه وثيقة طلاقه لها فى ٩ مايو سنة ١٩٣١ ، لدى مأذون . . . ومضمونها أنه طلقها ثلاثاً بلفظٍ واحدٍ ، وأنه عرّف أن هذه الطلقةَ مسبوقة بطلقتين قبلها . والمدعيةُ أنكرت العلم بهذا الطلاق ، وأنكرت أنه طلقها قبل ذلك . ولما استوضحنا المدعى عليه قال إنه لم يكن طلقها طلقتين قبل هذه ، وإنما طلقها طلقةً واحدة قبل هذا الطلاق بأربعة أيام تقريباً ، عَلّق فيها طلاقها على خيانتها إياه وخانته فى نفس اليوم وخرجت ، وأنه حين أراد إثباتَه أخبر المأذون بذلك ، وأن المأذون أخبره بأن هذا الطلاق لا يقع ، فطلقها ثلاثاً أمامه ، وأثبت المأذون الطلاقَ بالقسيمة من غير أن يعلم هو ما فيها ، لأنه لا يعرف القراءة ولا الكتابة . بعد ذلك طلبت المدعيةُ بلسان وكيلها الحكمَ باعتبار هذا الطلاق رجعياً وإبطال

البينونة الكبرى التى وصف بها فى الوثيقة . وسألنا المأذونَ وشاهدى الطلاق ، وأقوالهم مدونة فى المحضر .

المحكمة

من حيث إن المدعى عليه اتفق مع المدعية على أن هذا الطلاق لم يُسبق بطلقتين قبله ، بل هى أنكرت حصول طلاق أصلاً .

ومن حيث إن المأذون وشاهدى الطلاق اتفقوا فى أقوالهم على أن المطلق أخبر المأذون بحصول طلقتين قبل هذا الطلاق ، و إن كان فى اتفاقهم هذا شك كبير ، وعلى أن المأذون لم يسأل المطلق عن صفة الطلقتين اللتين زعمها ، وهل كانتا فى مجلس واحد أو مجلسين ؟ وهل هما ثابتتان أو لا ؟ وهل هما بلفظ واحد موصوف بعددٍ أو لا ؟ وهل هما منجزتان أو معلقتان ؟

ومن حيث إن الذى يبدو للناظر فى هذه الدعوى بادىَ الرأى أن المدعى عليه أقرّ بطلقتين قبل هذه المرة ، وأن المقر إنما يعامل بإقراره ، ولكن ليس هذا على إطلاقه دائماً ، فإن المقر إنما يعامل بإقراره إذا كان إقراره صحيحاً منطبقاً على القواعد الشرعية والقانونية ، ولم يكن المقر متهماً فيه . وقد كان هذا الإقرار صالحا للمعاملة بمقتضاه حين كان الحكم فى الطلاق أن يقع مطلقاً بأىّ صفةٍ أوقعه المطلق .

ومن حيث إن القانون رقم (٢٥ سنة ١٩٢٩) اقتبس للطلاق أحكاماً غير ما كان عليه العمل فى مذهب الحنفية ، أخذها من مذاهب أئمة الفقهاء السالفين رضوان الله عليهم ، مما أيده الدليل الصحيح من الكتاب والسنة ، فقَيَّد الطلاقَ بقيود لا يصح إلاّ إذا تحققت . فلم يوقع طلاقَ السكران ولا المكره ، أولا أوقع الطلاق المعلق ، ولا ما زاد عن الواحدة إذا وصف بالعدد ، ولا الكنايات إلاّ بالنية ، وجَعل كل طلاق رجعيًّا إلاّ ما استثنى فى نص القانون . فليس من المعقول إذن أن نعامل كل مقر بالطلاق بإقراره ، بل الواجب أن نتحقق مما إذا كان الطلاق الذى

أقر به كان حين أوقعه مستكملاً الشروطَ التى يقع بها أو ينقص منها شىء ، فيحكم بما يظهر من صفته ، فإما صحيح و إما باطل .

ومن حيث إن المادة (٣) من القانون المشار إليه نصت على أن الطلاق المقترن بعددٍ لفظاً أو إشارةً لا يقع إلاّ واحدة ، ومن الواجب أن نبحث فى المراد من اقترانه بالعدد ، هل هو ما يفهم كثير من الناس من قول المطلق " طالق ثلاثا " " طالق مرتين " ونحو ذلك ، أو هو أبعد مرمًى وأوسع معنًى مما يظهر بأول نظرة ؟

أمّا لو كان المراد هو قوله " طالق ثلاثا " ونحوه لم يكن لتشريع هذه المادة أية فائدة ، فإن المطلق حين يرى أنه منع من الطلاق أكثر من طلقةٍ دفعةً واحدةً ، وأنه إن فعل فعمله لاغٍ وقصده مردود عليه ، ولا يقع به إلاّ طلقة واحدة ، حين يرى هذا يتحيل بأوضح حيلة ، وأقربها للعامّىّ قبل العالم ، وللغبىّ قبل الذكىّ ، فيحضر أمام القاضى أو المأذون ، ثم يطلق بالصفة التى أراد ، و يعترف بأن طلاقه هذا مسبوق بما شاء ، بطلقة أو بطلقتين ، و بذلك يصل إلى غرضه ، رغماً من الحكم ببطلانه بصريح القانون . فكأن المادة ما اقتبست إلاّ لتحدد للناس الصيغةَ التى يوقعون بها ما يشاؤون من الطلاق ، أو لتمنعهم من بعض الألفاظ دون بعضٍ ، وكأنها ما جاءت لإصلاح حال ضج الناس منها بالشكوى ، أو كما قالت المذكرة التفسيرية ، المقدمة من وزارة الحقانية لبيان الحاجة إلى اقتباس هذا القانون ، بعد ذكر آراء جمهور الفقهاء الذين يوقعون الطلاق المعلق والطلاق الثلاث بكلمة واحدة ، قالت ما نصه : « وهذه الآراء كانت منبع شقاء العائلة ، وكانت سبباً فى تلمس الحيل وافتنان الفقهاء فى ابتداع أنواعها ، ومن الواجب حمايةُ الشريعة المطهرة وحماية الناس من الخروج عليها ، وقد تكفلت بسعادة الناس دنيا وأخرى وإنها بأصولها تسع الأمم فى جميع الأزمنة والأمكنة متى فهمت حقيقتها ، وطبقت على بصيرة وهدًى» . هذه المقاصد العالية من هذا القانون لا يتحقق شىء منها إذا كان المراد من

المادة الثالثة نقلَ الناس من التطليق بلفظٍ معينٍ إلى إيقـاع نفس الطلاق المحرَّم بصيغة أخرى .

بل قد أشارت المذكرة إلى أن الطلاق شُرِع « على أن يُوقَع دفعات متعددة ، وأن آية ﴿ الطلاقُ مَرَّتَانِ ﴾ تكاد تكون صريحةً فى أن الطلاق لا يكون إلّا مرة بعد مرة » و إنها لصريحة كلَّ الصراحة .

و إن الذى يُفهم من هذا ، ومن قول المذكرة أيضا : « وجُعلت دفعات الطلاق ثلاثًا ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ، و يَرُوضَها على الصبر والاحتمال ، ولتجرب المرأة نفسها أيضا ، حتى إذا لم تُفد التجارب ، ووقعت الطلقة الثالثة ، عُلم أنه ليس فى البقاء خير ، وأن الانفصال الباتَّ بينهما أحق وأولى » — : أنها تشير إلى أن الطلاق لا يقع فى كل دفعة من الأوليين إلّا طلقة واحدة ، وأن لَيس للمطلق إلّا الرجعة ، أو تركها حتى تَبِينَ منه بالخروج من العدة ، أو بتعبير أوضح : أن المعتدة لا يلحقها طلاقٌ ، ولا يملك المطلِّقُ عليها إيقاعَ طلاقٍ آخرَ ما دامت فى العدة ، ﴿ الطلاق مَرَّتَانِ ، فإمْسَاكٌ بمعروفٍ أو تسريحٌ بإحسانٍ ﴾ .

وهذا هو القول الصحيح المتفق مع نص الآية الكريمة ، ومع الأدلة الصحيحة ، والمطابقُ للحكمة العالية فى إباحة الطلاق فى الشريعة الغراء ، وهو و إن لم يكن صريحاً فى نص القانون رقم (٢٥) إلّا أنه يفهم منه ومن مذكرته التفسيرية بالإشارة ، و إن ذهب إليه ذاهبٌ فى فهم القانون لم يكن فى نظرنا مخطئاً ، ولكن كان الأوْلى أن ينص عليه صراحةً ، دفعاً للإبهام . ولقد كنت اقترحتُ ذلك بعد ظهور القانون ، فى كلمة نشرتُها فى المقطم بتاريخ ١٦ مارس سنة ١٩٢٩ ، ونرجو أن يتحقق النص على هذا قريباً إن شاء الله ، منعاً للناس من التلاعب بالطلاق ، ومن التلاعب بكتاب الله ﴿ تلك حُدُودُ الله فلا تَعْتَدُوهَا ، ومن يَتَعَدَّ حدودَ الله فأولئك هم الظالمون ﴾ .

ومن حيث إن إقرار المدعى عليه أمام المأذون بطلقتين قبل هذه إنما هو إقرار باطل ، لأنه لم يوضح للمأذون كيف كانت صيغته كلٍّ من الطلقتين اللتين أقر بهما ، ولم يسأله المأذون إيضاح ذلك ، كما قرر هو والشاهدان عند سؤالهما فى محضر هذه القضية ، بل لم يسأله عن ألفاظهما .

ومن حيث إن المدعى عليه اعترف أمامنا بإحدى هاتين الطلقتين ، وأوضح صفتها بأنها كانت معلقةً على فعل شيء من المدعية ، فهى غيرُ واقعة طبقا للمادة الثانية من القانون المذكور .

ومن حيث إنه بذلك يظهر أن هذه الطلقة الثابتة بالقسيمة هى أولى الطلقات ، وأن وصفها بالثلاث فى قوله "طالق بالثلاث" وفى قوله "أن هذه الطلقة مسبوقة بطلقتين قبلها" وصفٌ باطل ، لأنه طلاق مقترنٌ بعدد لفظاً ، فلا يقع به إلاّ واحدة

لذلك

حكمنا فى الطلاق الواقع من المدعى عليه . . . على المدعية . . . فى ٩ مايو سنة ١٩٣١ برقم ٢٢ الثابت لدى مأذون . . . بأنه طلقة أولى رجعية ، و بإلغاء وصفه بالبينونة الكبرى حضوريا .

تذييل

قد حققنا أبحاث الطلاق كلها ، و بينا أحكام الشريعة الإسلامية فى تشريع الطلاق ، من الكتاب والسنة الصحيحة ، وأظهرنا محاسنها ، فى كتابنا "نظام الطلاق فى الإسلام" الذى ألفناه فى شهر ذى القعدة سنة ١٣٥٤ — يناير سنة ١٩٣٦ ، وطبع بمصر . ووضعنا فى آخره مشروع قانون لأحكام الطلاق وما يتعلق به ، استنبطناه من الأدلة الصحيحة ، ونرى أنه العلاج الناجع لما يشكو منه الناس فى هذا المعنى . نذكر نصه هنا ، لعل فيه فائدة :

(١) يجوز الطلاق قبل الدخول فى أى وقت طلقةً واحدة .

(٢) يجوز الخلع أو الطلاق على مال أو المبارأة للمدخول بها وغير المدخول بها فى أى وقت طلقةً واحدة .

(٣) المدخول بها إذا كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملاً يجوز طلاقها طلقةً واحدة فى طهر لم يَمَسَّها فيه .

(٤) المدخول بها اذا كانت صغيرة لم تحض، أو كبيرة انقطع حيضها انقطاعاً حقيقيا : يجوز طلاقها فى أى وقت طلقة واحدة .

(٥) الحامل المستبين حملها يجوز طلاقها فى أى وقت طلقة واحدة .

(٦) لا يقع الطلاق فى الحيض ، ولا فى النفاس ، ولا فى طهر مَسَّها المطلق فيه إلاّ إذا استبان حملها .

(٧) الطلاق المعلّق بجميع صوره وألفاظه لا يقع به شىء أصلاً .

(٨) اليمين بالطلاق لغو ولا يقع به الطلاق .

(٩) المعتدة لا يلحقها الطلاق .

(١٠) الطلاق المقترن بعددٍ لفظاً أو إشارةً لا يقع به إلاّ واحدة .

(١١) لا يقع الطلاق إلا بلفظ — أو دليل عليه — قصد به الإنشاء .

(١٢) لا يقع أىُّ طلاق إلاّ إذا كان بحضرة شاهدَىْ عدلٍ سامعَين فاهمَيْن .

(١٣) الإخبار بالطلاق والإقرار به لا يكون طلاقا إلاّ إذا قُصِدَ به الإنشاء ، وتحققت شروط صحته حين الإخبار .

(١٤) إذا اختلف الزوجان فى أن الطلاق كان فى الحيض ، أو فى النفاس ، أو فى طهر مسها فيه ، فالقول قول مدعى الصحة مع يمينه .

(١٥) لا تصح الرجعة إلاّ بالقول — أو ما يدل عليه — و بحضرة شاهدى عدل سامعين فاهمين .

(١٦) لا تصح الرجعة إذا قصد بها المضارة ، ومن المضارة أن يراجعها قاصداً إلى إيقاع طلقة أخرى بعد الرجعة .

(١٧) إذا ادعت المطلقة أن الرجعة قصد بها المضارة ، كانت البينة بينتها ، والقول قوله مع يمينه .

(١٨) تجب المتعة على المطلق للمطلقة قبل الدخول إذا كان مهرها غير مسمًى .

(١٩) تجب المتعة على المطلق لكل مطلقة بعد الدخول ، إلّا ما استثنى في المادة (٢٠) .

(٢٠) ليس للمختلعة ولا المطلقة بسبب من قِبَلِهَا شيء من المتعة .

(٢١) تُقَدَّرُ المتعة على المطلق بحسب حاله يسرًا أو عسرًا ، مهما كانت حالة المطلقة ، مع مراعاة الظروف التي حصل فيها الطلاق .

(٢٢) لا تُصَدَّقُ المعتدة من ذوات الحيض في انقضاء عدتها بالحيض قبل مضيّ ثلاثة أشهر كاملة من تاريخ الطلاق .

(٢٣) إذا ادعت المعتدة من ذوات الحيض غيرُ الحامل وغيرُ المرضع أنه لا يأتيها الحيض في كل شهر مرةً : كانت عدتها ثلاثة أشهر كاملة من تاريخ الطلاق .

(٢٤) إذا ادعت المعتدة المرضع ما تقدم في المادة السابقة ، كانت عدتها ثلاثة أشهر كاملة ، تبدأ من اليوم التالي لإتمام رضيعها السنةَ الأولى من عمره .

١٤ — حكم

العمل فى سبيل الحياة لايكون عاراً أبداً ، ارتفعت طبقة العامل أو انخفضت .
التعليم الثانوىّ لغير القادر على إتمام التعليم العالى ، طريق خيالىّ صورىّ ، وليس طريقاً عملياً فى الحياة .
لايجب على الأب الفقير أن ينفق على ابنه القادر على العمل فى سبيل العيش ، بحجة أنه يريد إتمام التعليم الثانوى .

الأربعاء ١٩ محرم سنة ١٣٦٠ — ٥ فبراير سنة ١٩٤١

محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر

القضية رقم ١٨٦١ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠

الوقائع

طلب المدعى فرض نفقة له على أبيه المدعى عليه وأمره بأدائها ، وأداء المصاريف المدرسية وثمن الكتب البالغة قيمتها خمسة عشر جنيهاً مصريا ، وإذنَه بالاستدانة ، وإلزام المدعى عليه بالمصاريف والأتعاب ، لأنه فقير وعاجز عن الكسب ، وطالب علم رشيدٌ بالسنة الثانية الثانوية بمدرسة . . . فدفع المدعى عليه الدعوى بأن المدعى لم يبلغ سنّ المخاصمة ، وقدم شهادة ميلاده فى ٣ يناير سنة ١٩٢٧ ، وضم للموضوع ، لظهور قدرة المدعى على المخاصمة بنفسه . ثم دفع ثانياً بأن النفقة مفروضة للمدعى من هذه المحكمة فى ١٥ مايو سنة ١٩٣٩ — ٦٥ قرشاً شهرياً فى حكم صادر لوالدته . . . فليس للمدعى أن يطلب نفقة جديدة . ثم عَدَّل المدعى دعواه بطلب أمر المدعى عليه بأداء المفروض المذكور إليه وزيادته ، وصمم على باقى الطلبات . ثم دفع المدعى عليه الدعوى بأن المدعى ليس عاجزاً عن الكسب ، ولا هو من أبناء الأشراف الذين لا يستأجرهم الناس ، وأن المدعى عليه فقير ، لايمكنه الإنفاق على المدعى ، ولادفع

مصاريف مدرسية ، وأن مثل أولاده لايتعلمون بالمدارس الثانوية ، وأنه مريض وكبير السن ، وشرح حاله بمذكرة . وقدم المدعى صورة رسمية من حكم محكمة الاستئناف فى القضية رقم ٢٤٥٢ سنة ٣٨/١٩٣٩ فى ١٨ سبتمبر سنة ١٩٣٩ دلت على تعديل حكم نفقة المدعى الصادر لأمه من هذه المحكمة فى القضية ١٠٤٨ سنة ٣٨ / ١٩٣٩ فى ١٥ مايو سنة ١٩٣٩ بجعل المفروض له ٦٥ قرشاً شهريا ، وقدم أوراقاً وشهوداً لم تثق بهم المحكمة ، ثم أعلن شهوداً آخرين قرروا أنهم لايعرفون حال المدعى عليه المالية . ثم اتفق الطرفان على معاينة محل تجارة المدعى عليه بمعرفة الأستاذين . . . و . . . وقدما محضر المعاينة ، وحضر المدعى عليه شخصياً ونوقش هو والمدعى .

المحكمة

من حيث إن المدعى لم يستطع أن يثبت يسار المدعى عليه .

ومن حيث إن محضر المعاينة دل على أن تجارته فى الأخشاب تجارة بسيطة لا تؤذن بثروة ثابتة .

ومن حيث إنه تبين من مناقشة الطرفين شخصياً أن المدعى عليه مريض وأن إيراده من أملاكه ٣١٠ مليم شهريا ، يضاف إليها تجارة الأخشاب ، وأن له أسرة مكونة من زوجة و بنت كبيرة مطلقة و بنت صغيرة وولد كبير عامل فى محل بقالة ، وأنه محكوم عليه لبنتين أخريين شقيقتين للمدعى بمبلغ ٢٤٠ مليم ، وأنه باق عليه نحو ستة جنيهات متجمد نفقة لولده المدعى .

ومن حيث إن من كان فى مثل حال المدعى عليه لا يجبر على تعليم ابنه فى المدارس الثانوية ، بل يكفيه ماتعلمه ، ويجب عليه العملُ ليُعين والده ، أو يستقلَّ بكسبه ، فيشقّ لنفسه طريقاً فى الحياة عمليًّا . أما الطريق الذى يسيرفيه فإنه طريق خيالىّ صورىّ بالنسبة لأمثاله ، ليست له نتيجة فى الحياة ، إلاّ لمن كان أهله فى سعة

تكفى للإنفاق عليه حتى يتمم التعليم العالى ، ولعله غيرُ واجدٍ عملاً يعيش منه بعد ذلك ، كما هو مشاهد فى هذه الأوقات الحرجة ، التى لا يجد فيها ألوفٌ من المتعلمين تعليماً عالياً سبيلاً من سُبُل العيش ، لمَا رُبُّوا عليه من التواكل والاعتماد على وظائف الحكومة .

ومثلُ هذا المدعى لو أنه عمل مع أبيه فى تجارته البسيطة ، بعد هذا القدر الذى ناله من التعليم ، لأمكن أن يكون هذا سبباً فى تقدم تجارة أبيه ، وفى نفع نفسه نفعاً بيناً . وهذه نصيحة نقدمها إليه ، لعل الله يوفقه للعمل بها .

ومن حيث إن حال الطرفين قد ظهرت لنا ، فليس هذا المدعى ولا أبوه من أبناء الأُسَر التى نصّ الفقهاء على أنهم إذا رأوا العمل عاراً فرضت لهم النفقة ، بل إننا نرى أن العمل والكسب الحلال فى سبيل الحياة والعيش لا يكون عاراً أبداً ، ارتفعت طبقة العامل أو انخفضت ، فيجب على المدعى أن يعمل ليعيش ، ولا نفقةَ له على أحدٍ .

لذلك

قررنا رفض الدعوى حضوريا .

١٥ — حكم

القاضى غير مقيد برأى أهل الخبرة ، بل يستنبط من الوقائع والأدلة ما يضح به الرأى الصحيح ، مستعيناً برأى أهل الخبرة أو معرضاً عنه .

يجب على الأب أن يكتسب وينفق على ولده ، فان أبى من ذلك يجبر ويحبس .

يجب على القضاء أن يضرب على أيدى المتبطلين ، الذين لا يريدون أن يعملوا عملا نافعاً لهم ولأولادهم ، بل يريدون أن يعيشوا عالة على الناس .

السبت ١٠ جمادى الآخرة سنة ١٣٦٠ — ٥ يوليو سنة ١٩٤١

محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر

القضية رقم ١٢١١ سنة ١٩٤٠ — ١٩٤١

الوقائع

فى ١٧ يولية سنة ١٩٣٩ فى القضية ٣٠٩ سنة ٣٨ / ١٩٣٩ حكم للمدعية على زوجها المدعى عليه الأول بنفقة لأولادها (الأربعة) قدرها مائة قرش شهريا ، وأمر أعمام الأولاد ، المدعى عليهم الثانى والثالث والرابع ، بأداء ذلك للمدعية ، ليكون ديناً لهم على الأول إذا أيسر ، وفى ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ حكم من محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المذكور بالنسبة لأمر الأعمام بالأداء ، ورُفضت الدعوى فى ذلك . ثم التمست المدعيةُ فى حكم الاستئناف ، وقررت محكمةُ مصر الابتدائية الشرعية فى القضية ١٧٣٥ سنة ٣٩ / ١٩٤٠ بجلسة ٣ يونية سنة ١٩٤٠ قبولَ الالتماس شكلاً ورفضَه موضوعًا . ثم قدمت المدعية هــذه الدعوى فى ١٦ مارس سنة ١٩٤١ ، تطلب فيها أمر المدعى عليهم الثانى والثالث والرابع بأداء ما هو مقرر لأولادها المذكورين على أبيهم المدعى عليه الأول ، وتطلب أيضا فرض نفقة وكسوة لابنها ... الذى لم يكن وُضِعَ وقتَ تلك

الدعوى ، على أبيه المدعى عليه الأول ، وأمر أعمامه الآخرين بالأداء . بانيةً دعواها على أن الأسباب التى من أجلها ألغى الحكم الأول بالنسبة للأعمام قد زالت ، بزوال يسار المدعَى عليه الأول ، ولأن « مرضه الآن قد ساء عن ذى قبل ، حتى أصبح مقعداً بعد أن كان يمكنه السير على قدميه » إلى آخر ما ذكر بصحيفة الدعوى . ووكيل المدعى عليهم صادق على زوجية المدعية بالمدعى عليه الأول ، ورزقها منه بالأولاد المذكورين ، ودفع الدعوى بسبق الفصل فى موضوعها نهائيًا ، لثبوت أنها كيدية ، ولأن المدعى عليه الأول لا يزال بصحته وكسبه ومعاشه وميراثه و يسار ولديه . وطلب وكيلها عدم التعويل على هذا الدفع . فكلِّفت المدعية الإثبات ، وضمت القضية رقم ٣٠٩ المضموم إليها رقم ٣١٠ سنة ٣٨ / ١٩٣٩ من قضايا هـذه المحكمة ، وقضية الالتماس رقم ١٧٣٥ سنة ٣٩ / ١٩٤٠ من محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ومعها الاستئنافات ٣٢٣٦ و ٣٢٣٩ و ٣٢٤٢ سنة ٣٨ / ١٩٣٩ . ووكيل الأعمام صمم على أن الدعوى كيدية ، ولا تخرج عن أنها الدعوى الأولى المستأنفة ، وأن المدعيـة والمدعى عليه الأول وأولادهم يقيمون معاً فى معيشة واحدة ، وأنهما يريدان المشاغبة بهذه الدعوى ، وعليهما أحكام جنائية ، وقدم أوراقاً يستند إليها فى ذلك . وتحرت المحكمة عن مرتب ولدى المدعيـة ، فتبين أن مرتب أحد ولديها الكبيرين ١٣٥ مليما يوميا ، وأن مرتب الآخر ٤٠ مليم يوميا . وقدمت المدعيـة مستندات ، وأحضرت شاهدين سمعت المحكمة شهادتهما . وأحضر وكيل الأعمام شاهدين لإثبات الدفع بأن المدعى عليه الأول صحيح الجسم وقادر على الكسب ويكسب بالفعل ، وسمعت شهادتهما أيضاً ، وردَّ كل من الطرفين على أدلة خصمه ، وأحيل المدعى عليه الأول إلى الطبيب الشرعى لفحصه وتقرير حاله الصحيّة ، وورد تقريره المؤرخ ١٧ يونية سنة ١٩٤١ ، وترافع الطرفان بمذكرات وأوراق ، ونوقشا المناقشة المبينة بالمحاضر فى جلسات متعددة .

المحكمة

من حيث إن المدعية سبق أن رفعت هذه الدعوى وحكم لها بأمر الأعمام المدعى عليهم الثانى والثالث والرابع بالأداء ، ثم ألغى هذا الأمر فى الاستئناف ، فى ٣ يونية سنة ١٩٤٠ ، ورُفض طلبها ، والتمست هى فى هذا الحكم ورُفض التماسها .

ومن حيث إن هذه الدعوى لوكانت الدعوى الأولى نفسها و بظروفها لم يجدّ شىء فيها لما أمكن سماعُها ، بل كان الواجب تقريرَ عدم السماع ، ولكنها تدعى فى هذه الدعوى جديداً ، تذكر أنه كان بعد الفصل فى تلك الدعوى ، فإن محكمة الاستئناف رفضت دعواها بناء على أن « الأب موسر بمعاشه وملكه وكسبه ، وكذلك الاخَوانِ موسران بمرتبهما وكسبهما ، وحينئذ فالنفقة واجبة عليهم لا على الأعمام » ، وهى تدعى أن ملك الأب قد زال ، لأنها حجزت على القراريط التى كان يملكها ، ونزعت ملكيتها بحكم نفقة قديم لها ، وأن الأعمام ينازعونها فى ملكية زوجها للقدر المذكور ، وتدعى أيضاً أن والد الأولاد زاد مرضه حتى أصبح مقعداً ، وتدعى أن مرتب ولديها لا يفيض منه شىء ، لأنها فرض لها فى القضية ٢٤٠ سنة ٤٠ / ١٩٤١ من هذه المحكمة ٩٠ قرشاً شهرياً نفقة على زوجها ، وأُمر ابنُها ... بأدائه إليها ، وأن مرتب . . . ضئيل لا يكاد يكفيه .

ومن حيث إن الدعوى التى تشير اليها المدعية والحكم على ابنها . . . ليس حجةً على الأعمام ، فهذا شىء صُنع بتواطىء ظاهر بين المدعية و بين زوجها وابنهما ، ولم يكن الأعمامُ خصماً فيه ، حتى يجوز قوة الشىء المحكوم فيه بالنسبة إليهم ، فكانت حالُ هذا الابن باقيةً على ما انتهى إليه أمره أمام محكمة الأستئناف ، فلا يجوز العود إلى النظر فيه .

ومن حيث إن كلامها بشأن ابنها . . . لم يأت فيه شىء جديد بعد الحكم الاستئنافىّ فلا يجوز بحثه أيضاً .

ومن حيث إنه لم يَثُرْ نزاع فى معاش زوجها ، فهو باق عل حاله ، ٧٥ قرشا شهريًا كما ثبت من الأوراق . و إنما يجب حصر البحث فى ملك الزوج وكسبه فقط .

ومن حيث إن القدر الذى كان يملكه الزوج ، ونظر فى شأنه فى الاستئناف هو ٢٠ س و ٣ ط فى منزل ، وقد سألنا الأعمام ان يقرروا صراحةً : هل هو ملك لهم أو للزوج ؟ تحديداً لموضوع البحث ، فقرر وكيلهم « أن المدعى عليه الأول . . . لا يملك فى المنزل المذكور بالأوراق ، الذى كان موروثاً للمدعى عليهم ، إلاّ عشرين سهماً فقط ، لأن والد المدعى عليهم توفى فى سنة ١٩٠٨ ، وترك منزلاً ، وانحصر إرثه فى والدته . . . وفى زوجته . . . وفى أولاده المدعى عليهم و بنته . . . فقط ، وكان نصيب المدعى عليه الأول فى تركة والده ٢/٣ ١٨ س و ٣ ط ، و باعه كله (لفلان) ثم توفيت جدة المدعى عليهم . . . وورثها أولادها ، فاشترت والدة المدعى عليهم نصيبهم منهم فى المنزل ، فصار استحقاقها ستة قراريط ، باعتها كلها (لشخص) ثم اشترت من (فلان) ما اشتراه من المدعى عليه الأول ، ثم توفيت عن أولادها الخمسة المذكورين ، فورث (المدعى عليه الأول) ٢٠ س المذكورة ميراثاً عن والدته » .

ومن حيث إن هذا الذى قرره وكيل الأعمام حجة عليهم فى أن الذى يملكه (المدعى عليه الأول) عشرون سهماً فقط ، وهو قدر ضئيل ، لا يُعتبر يساراً يُتمسَّك بالدفع به ، وليس من شأن هذه المحكمة أن تفصل فى ملكية باقى ما يدعيه (المدعى عليه الأول) له أو لإخوته .

ومن حيث إن شهادة شاهدى المدعية بالنسبة لصحة الزوج وعجزه عن الكسب شهادة لا قيمة لها ، لأن ظاهر حال الزوج ينافيها ، بل إن أحدهما قرر أن (المدعى عليه الأول) : « زىّ الجن » ، وهى قاصرة أيضاً ، ولو صحت بالنسبة لعجزه عن الكسب لكانت شهادةً سلبيةً ، تنقضها شهادةُ شاهدى الأعمام ، من أن الزوج كسوب بالفعل ، يعمل سبّاكاً ، وقد ذكرا وقائعَ معينةً عمل فيها فى صناعته . ولذلك أحلنا الزوجَ إلى الطبيب الشرعىّ ليبين حاله بياناً علميًّا ، يمكن أن يكون

أساساً للبحث ، وخاصة لظهور كذب المدعية فى ادّعائها أن زوجها صار مقعداً بعد أن كان يمكنه السير على قدميه ، وهو يحضر الجلسات بالمحكمة بنفسه ، قائماً على قدميه، كما ثبت ذلك من مناقشته بجلسة ٢٨ يونية سنة ١٩٤١ ، و إنْ كذب كذباً مكشوفاً ، فى ادعائه أنه لا يمكث أكثر من خمس دقائق واقفاً ، فى حين أنه يمكث بالجلسة أكثر من ساعتين .

ومن حيث إن تقرير الطبيب الشرعى قد وصف حالاتٍ للمطلوب فحصه ، بعضها يظهر للطبيب من الفحص ، و بعضها لا يُعرف إلاّ من قِبَل الشخص المفحوص ، أو يُبنى على معلوماتٍ يمليها هو أو يصنعها .

فالنوع الأول أنه « عاديّ البنية ، سليم ظاهر العينين ، ولوحظ تضخم واضح بالغدة الدرقية ، وفتق أربيّ مزدوج كبير الحجم ، ولوحظ أن الفتق و إن كان يمكن إرجاعه إلى البطن إلاّ أنه يعود بعد قليل إلى موضعه بالصفن ، وفيما عدا تضخم الغدة الدرقة والفتق الأربى ، فلا توجد حالات مرضية ظاهرة ، وهو يستطيع الجلوس والوقوف بحالة عادية ، ولكن لاحظنا أن السير به اختلاج خفيف » وأنه « لم يتبين وجود ضمور بعضلات الطرفين العلوى والسفلى اليساريين ، ولكن قبضة اليد اليسرى أضعف نوعاً من اليمنى » — « والانعكاسات الغائرة متزايدة بعض الشيء ، والصدر رائق ، والقلب دقاته منتظمة ولكنها سريعة نوعاً ، وضغط الدم $\frac{١٣٠}{٨٠}$ ، ولا يحسّ بتضخم الكبد أو الطحال ، كما لا توجد علامات ظاهرة لإصابة بالزهريّ ، وفحص البول أورى خلوّه من الزلال والسكر ، وقد لاحظنا أن المذكور يبدو عليه القلق واضطراب الأعصاب وسرعة التأثر والغضب ، وقد اطلعنا على إفادة من مستشفى القصر العينى مؤرخة ١٧ / ١١ / ١٩٣٢ موضحاً بها حالته للمطبعة التى كان يشتغل فيها ، وجاء بهذه الإفادة أنه حضر للمستشفى يوم ١٥ / ١٠ / ١٩٣٢ مع الإســعاف بفتق مختنق يساريّ ، وتقرر دخوله المستشفى ، ولكنه رَفَض وحُوّل إلى العيادة الخارجية » . هذا النوع الأول

وأما النوع الثانى فنى تعليل أن السير به اختلاج خفيف بأنه « أورى المذكور أنه متخلف عن سبق إصابته فجأةً بشلل نصفىّ يسارىّ فى فبراير سنة ١٩٣٩ ، وظل يعالج منه ستة شهور » ، وأنه « شوهدت اهتزازات خفيفة باليدين » ، وأن « قوة إبصار العين اليمنى ٦/٣٦ واليسرى ٦/٢٤ » ، وأنه « لمّا سألناه عما إذا كان يزاول مهنة السباكة أورى بأنه لا يعرف شيئاً عن هذه المهنة ، وأنه طوال حياته لم يزاول عملاً إلاّ الطباعة » وأنه « يبلغ من العمر حوالى ستين سنة » .

ومن حيث إن وصف الطبيب للنوع الأول مما يمكن أن نطمئن إليه ، لأنه أمين على عمله ، ويجوز أن يؤخذ بقوله فيه ، إلّا إذا ثبت ما ينافيه . وهـذا النوع لايدل على مرض شديد يمنع العامل من العمل ، أو يعجزه عن الـكسب ، بل أمثال هذه الحالات المرضية مشاهدٌ فى كثير من العمال والموظفين وغيرهم ، وهم يقومون بأعمالهم .

وأما النوع الآخر فإنه لا يمكن الثقة والاطمئنان إلى رأى قطعىّ فيه ، وقد بُنِىَ على أقوال الزوج نفسه ، وهو المحرك لهـذه القضية ، وصاحب المصلحة الأُولى فى الوصول إلى ماتريده المدعية . فأين الدليل على إصابته بشلل فى فبراير سنة ١٩٣٩ إلّا قوله وحده ؟ ثم إذا كان الشلل قد زال وزال أثره ، حتى إن الطبيب لم يستطع أن يحمل تبعة الجزم بسبق وجوده ، بل ذكر من الأمارات الظاهرة ماينفيه ، فهل يكون هذا مرضاً موجوداً الآن يمنع الزوج من العمل ؟ ثم ألا يستطيـع هو ، مع حرصه على الظهور أمام الطبيب بمظهر المريض العاجز ، أن يتصنع اهتزازات خفيفة فى اليدين ؟ وأما قوة الإبصار ، التى جعلت فى التقرير مانعةً له « من مزاولة مهنة الطباعة بصفة جمّيع ، نظراً لما يقتضيه هذا العمل من حدة الإبصار ، للتمكن من تمييز الحروف وترتيبها فى الوضع الصحيح » هذه القوة للإبصار يمكن للزوج أن يتصنعها ، فلا يـكون التقرير قاطعاً فى صحتها ، لأن الـكشف على النظر برؤية العلامات يستدعى سؤال الناظر عما يرى ، فإن كان مطلوباً أن يثبت قوة إبصاره ، عجز عن إخفاء الحقيقة ، لأنه إذا أخطأ عُرف خطؤه ، وهو يجتهد أن يَرى كلّ

ما تستطيع عينُه رؤيتَه من العلامات ، أما إذا كان فى مثل حال الزوج هنا ، وهو يجتهد فى إثبات ضعف بصره ، فلا أهون عليه من أن يَرَى العـلامةَ على الوجه الصحيح ويذكر الخطأ ، ليقنع الطبيبَ بأنه لم يَرَ إلّا العلامات الـكبيرة ، وأن مارأى منها هو نهاية مدى بصره . وهذا بديهيٌّ لايخفى على أحد .

ومن حيث إنما ذُكر فى التقرير عن عمر الزوج ، وأنه يبلغ حوالى الستين سنة ، فهذا من إملائه يقيناً ، وقد ثبت كذبه فيه قطعاً ، بما قدمه وكيل الأعمام من إشهاد وفاة والد المدعى عليهم ، وهو صادر من محكمة مصر الشرعية فى ٥ يولية سنة ١٩٠٨ (١) . . . . . وقد ذكر وكيل الأعمام ورثة والد المدعى عليهم بجلسة ٥ مايو سنة ١٩٤١ ، فى إجابته التى نقلناها من قبلُ عن الثلاثة القراريط والعشرين سهما ، وهم الورثة المذكورون بالإشهاد أنفسهم ، ولم تعترض المدعية ولا المدعى عليه الأول على عددهم ولا على أسمائهم هناك ، فمحاولة الزوج بعد تقديم الإشهاد تجاهلَه والتشكيكَ فيه ، ثم زعمه بعد تلقين المدعية إياه أن لوالده أولاداً آخرين منهم . . . محاولةٌ غيرُ ناجحة لستر الحقائق والتـلاعب بها . والإشهاد المذكور قد ذكر فيه أن المدعى عليهم جميعاً كانوا قاصرين إذ ذاك ، ماعدا المدعى عليه الرابع ، فإنه وصف بالبلوغ ، وقد قدم وكيـله شهادة ميلاده فى ٢ فبراير سنة ١٨٩١ ، فسنه الآن خمسون سنة ، فالمدعى عليه الأول الذى كان قاصراً وقت الأشهاد لم تصل سِنُّه الآن إلى الخمسين قطعاً ، ويكون ادّعاؤه للطبيب أن سنه ستون سنة ادعاء غير صحيح . ويؤيد ذلك أيضاً أنه أملى عمره فى قضية الجنحة المستأنفـة رقم ٥٦٨١ سنة ١٩٣٩ أنه ٤٥ سنة ، وفى قضية الجنحة رقم ١٨٨٢١ سنة ١٩٣٩ أنه ٥٠ سنة ، كما ثبت من الصورتين المقدمتين من وكيل الأعمام .

ومن حيث إن ماقرره الزوج للطبيب من أنه لايعرف شيئاً عن مهنة السباكة قد ظهر بطلانه من صنع يده ، فقد قدم وكيل الأعمام صورةً رسمية من شهادة ميلاد (أحد أولاد الزوج) المولود فى ١٦ يولية سنة ١٩٣٤ وذكر فيها أن صناعة الوالد المدعى عليه الأول سمكريّ ، وهذه الشهادة حجة عليه ، لأن هذه المعلومات إنما

(١) ذكر فى أصل الحكم هنا أسماء المتوفى والورثة تفصيلا .

تعطى من إملائه ، وهى شهادة قديمة قبل هذه الدعوى بمدة طويلة ، فلا تكون موضعاً للاشتباه . وإنما ظن الزوج أنه إذا نفى عن نفسه هذه الصناعة ، وذكر ذلك فى تقرير الطبيب الشرعى ، كان هذا فى ظنه تكذيباً لشهود الأعمام الذين شهدوا بأنه يعمل سبَّاكا ، أى سمكريًّا إفرنجيًّا ، ثم ليضمَّ هذا الادعاء إلى ادعاء كبر السن وضعف الإبصار ، ليستجلبَ العطف والرأفة من غير الطريق الصحيح .

ومن حيث إن النتيجة التى أبداها الطبيب المنتدب للمأمورية فى قوله « ونرى أن ماتقدم من سنِّ المذكور ، مع وجود الحالات المرضية المشار إليها ، يعجزه عن مزاولة أعمال جسمانية شاقة ، ولكنه يستطيع أن يزاول مهنةً لاتتطلب مجهوداً جسمانياً شاقاً ، أو الوقوفَ فتراتٍ طويلة لوجود الفتق » — : نتيجةٌ بُنيتْ على معلومات افتعل الزوجُ بعضَها ، وظهر كذبه فيها . بل هى نتيجة بنيت فى الأغلب على عاطفتى الشفقة والرحمة ، اللتين استدرَّهما الزوج بادعاءآته الباطلة .

وليس القاضى مقيَّداً فى تكوين رأيه برأى أهل الخبرة ، طبقاً للمادة (٢٤٠) ، بل الواجب عليه أن يستنبط من الوقائع والأدلة مايضع به الرأيَ الصحيح ، مستعيناً برأى أهل الخبرة أو معرضاً عنه . وقد أخذنا هنا برأى الخبير فيما كان من عمله ، وتركنا من رأيه ما كان مبنيًّا على عمل المدعى عليه الأول .

ومن حيث إن الأعمام أثبتوا بالبينة الشرعية أن الزوج المدعى عليه الأول كسوب بالفعل بعمله ، وقد تبين مما سبق أنه قادر على الكسب ، لا يمنعه منه مانع ، فلا يجب على غيره أن ينفق على أولاده . ففى الفتاوى الهندية : « رجل معسر له ولد صغير ، إن كان الرجل يقدر على الكسب يجب عليه أن يكتسب وينفق على ولده ، كذا فى فتاوى قاضيخان ، فإن أبَى أن يكتسب وينفق عليهم يجبر على ذلك ويحبس ، كذا فى المحيط » .

ومن حيث إننا لو استعرضنا حال المدعية وزوجها وأولادهما ، من الثابت فى الأوراق ، تبين لنا أن لهما ثمانية أولاد ، وهما اثنان ، فأولئك عشرة ، وأن للزوج معاشاً

٧٥ مـ شهريا ، ومرتب الولد الكبير ٣٥١ مـ شهريا ، ومرتب الولد الثانى ١٠٤ مـ شهريا باعتبار عملها فى الشهر ٢٦ يوماً غير الأعمال الإضافية فى . . . . . فتلك ٥٣٠ مـ شهريًا لهذه الأسرة ، غير مايكسبه عائلها المدعى عليه الأول من صناعته ، أوما يستطيع كسبه إن صدق فى أنه معرض عن الكسب . وهذا القدر غير قليل على مثل هذه الأسرة ، وإن كان لايضعها موضع الترفيه ، وكثيرٌ من موظفى الحكومة المحترمين يعيشون بمثله فى أسرةٍ مثلِ هذه الأسرة أو أكبر ، ولكنهم يأبون أن يشاغبوا الناس ليفرضوا عليهم نفقاتهم .

ومن حيث إن الكيد من المدعى عليه الأول لإخوته حتى حمل زوجته على هذه الدعوى ظاهرٌ من ثنايا الأوراق المقدمة ، ومنها الحكم عليه من محكمة الجنح المستأنفة فى ١٧ مارس سنة ١٩٤٠ ، بالحبس ٣ شهور مع الشغل و إيقاف التنفيذ ، لأنه هدَّد الآنسة . . . كتابة وشفويا بواسطة شخص آخر بالإيذاء ، والحكم عليه أيضاً فى التاريخ المذكور من تلك المحكمة ، بالحبس ٤ شهور مع الشغل و إيقاف التنفيذ لمدة خمس سنوات ، لأنه هدد . . . كتابة بالتعدى والإيذاء . فهذا الرجل القوىّ ، الذى لا يتورع عن تهديد أخيه و بنت أخيه ، لا يُعقل أن يقصد من هذه الدعوى هو وزوجته إلّا الانتقامَ من إخوته ، إذ وَسّع الله لبعضهم فى الرزق ، فامتلأ قلبُه حقداً عليهم ، وشَغَل نفسَه بهم وبالكيد لهم .

والقضاء الشرعىُّ يجب عليه أن يضرب على أيدى أمثال هؤلاء المُتبطِّلين ، الذين لا يريدون أن يعملوا عملاً نافعاً لهم ولأولادهم فى الحياة ، بل يريدون أن يعيشوا عالةً على الناس ، يحسدونهم على ما آتاهم الله من فضله ، ويهددونهم بالقضايا والكيد والافتراء ، ويظنون أن القلق واضطراب الأعصاب وسرعةَ التأثر والغضب — كما وصفه به الطبيب الشرعى — يصلح عذراً لهم ، أو مبرِّراً للتخلى عن أعبائهم ، ليحملَها عنهم غيرُهم .

لذلك

قررنا رفض الدعوى حضوريا .

١٦ — حكم

الإذن بالاستدانة فى نفقــات الأقارب إجراء شكلى ، فى عصر يضن فيه الأب على ابنه بالنفقة ، ويعسر على أرباب الثروات الثابتة الاقتراض بالربا إلا بعد عناء .

يجب على المحاكم أن تطبق الفقه على حوادث العصر وأحواله تطبيقاً سليماً ، وأن تعتبر أحكام النفقات سندات واجبة النفاذ .

الأربعاء ٢٢ ربيع الثانى سنة ١٣٥٩ — ٢٩ مايو سنة ١٩٤٠
محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر
القضية رقم ٥٠٠ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠

الوقائــع

طلب المدعى الحكم له على بنته المدعى عليها بمنع تعرضها له فى النفقة المفروضة لها عليه من محــكمة الضواحى الشرعية فى ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ فى القضية رقم ٣٣١ سنة ١٩٣٨ — ١٩٣٩ ابتداء من يوم ١٥ أبريل سنة ١٩٣٩ لآخر ديسمبر سنة ١٩٣٩ لأنهــا لم تؤذن باستدانة النفقة عن المدة المذكورة . وقدم صورة من حــكم النفقة ، وصورة من قرار محكمة الضواحى الشرعية فى القضية رقم ٢٠٧٦ سنة ١٩٣٨ — ١٩٣٩ بعدم سمــاع دعواها أمره بأداء المقرر من ١٧ سبتمبر سنة ١٩٣٣ لغاية ١٣ مارس سنة ١٩٣٩ . ووكيل المدعى عليها صادق على البنوة وفرض النفقة ، وفوض الرأى المحكمة فى المستندات المقدمة . وقدم حكماً من محكمة الجمالية الشرعية فى القضية رقم ٩٧٩ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠ فى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٠ بإذن موكلته بالاستدانة على المدعى من أول يناير سنة ١٩٤٠ .

المحكمة

من حيث إنه ثبت من الأوراق المقدمة أن المدعى عليها بنت المدعى ، وأنه فُرض لهـا حين صغرها تسعون قرشا شهريا للطعام ومثلها كل أربعة أشهر للـكسوة ، فى القضية رقم ٢٢٩٦ سنة ١٩٢٠—١٩٢١ ، وأنها طلبت من محـكمة الضواحى أمره بأداء المتجمد بهذا الحكم من يوم ١٧ سبتمبر سنة ١٩٣٣ إلى ١٣ مارس سنة ١٩٣٩ ، وأن محكمة الضواحى قررت عدم سماع دعواها ، لأنها لم تؤذن بالاستدانة .

ومن حيث إنه ثبت أيضاً أن المدعى عليها رفعت دعوى أخرى على المدعى بطلب أمره بأداء هذه النفقة إليها من يوم ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ ، وصادقها المدعى على ذلك ولم يمانع فى طلبها ، وأمرته المحـكمة بالأداء إليها ، لأن ولاية الإنفاق أصبحت لها لبلوغها .

ومن حيث إن النزاع بين الطرفين فى هذه القضية منحصر فى نفقة المدة من ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ لآخر ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، لأنها لم تؤذن بالاستدانة إلاّ فى يناير سنة ١٩٤٠ .

ومن حيث إن الظاهر لنا من قرائن هذه الدعوى أن المدعى لايقصد إلّا مشاغبة المدعى عليها ، وهى ابنته ، وهو يتهرب من الإنفاق عليها ، ويتمسك بالشكليات الظاهرية ، من غير أن يرجع إلى ما يجب عليه شرعاً ، من رعاية ابنته وإكرامها بالإنفاق عليها . ولذلك يدفع دعواها رقم ٢٠٧٦ سنة ١٩٣٨— ١٩٣٩ بأنها غير مأذونة بالاستدانة ، فى حين أنها تطالبه بنفقة سنين متعددة ، أهملها فيها ولم يقم بما يجب عليه لها ، لأنها كانت تطلب النفقة عن المدة من ١٧ سبتمبر سنة ١٩٣٣ إلى ١٣ مارس سنة ١٩٣٩ ، ولم يفكر من أين كانت تأكل ابنته طولَ هذه المدة ، إنما فكر فى التمسك بعدم الإذن بالاستدانة ، وهو شىء دقيق لا تدركه النساء ، خصوصا

مثل المدعى عليها ، إذْ كانت بنتا صغيرة حُكم لها بالنفقة وهى فى يد أمها ، ثم لما صارت فى يد نفسها رجعت إلى أبيها تطلب ما يجب لها عليه .

ومن حيث إن المدة التى يطلب هنا منعها من التعرض له بنفقتها فيها هى المدة التى وافق هو عليها أمام المحكمة ، ولم يمانع فى النفقة ، وهى من ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ لغاية آخر ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، ونرى أن موافقته هذه أقوى فى نظرنا من الإذن بالاستدانة ، الذى هو إجراء شكلىّ ، تبعت فيه المحاكم كلمات بعض الفقهاء حرفيًّا ، فى عصر يضمن فيه الأب على ابنه بالنفقة ، ويَتَعسَّر على أرباب الثروات الثابتة أن يجدوا من يقرضهم بالربا ، إلاّ بعد عَنَتٍ، وعناء ، فمن أين تصل امرأةٌ أو بنت ضعيفة إلى من يقرضها نفقتها يوماً فيوماً ، وليس فى يدها ضمانٌ لدَينهم إلاّ حكمٌ محكوم به على مثل هذا المدعى ؟ !

بل إننا نرى من الواجب على المحاكم أن تعالج هذه الحال السيئة ، وأن تطبق الفقه على حوادث العصر وأحواله تطبيقاً سلياً ، وأن تعتبر الأحكامَ الصادرة بالنفقات سندات واجبةَ النفاذ ، خصوصاً إذا كانت من الأحكام التى لا يظهر فيها تلاعبٌ وتعنت من المحكوم له بالنفقة . بل إن المحاكم تحكم الآن بالحبس فى قضايا نفقات الأقارب من غير نظر إلى ما إذا كانت النفقاتُ مستدانةً بالفعل أوْ لا .

ومن حيث إنه بذلك كله يكون المدعى غير محق فى دعواه ، ولا يقصد بها إلاّ مضارّة المدعى عليها والكيد لها .

لذلك

قررنا رفض الدعوى حضوريا .

تعليق :

استؤنف هذا الحكم أمام محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، فى الاستئناف رقم ٣٠٧٢ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠ فقررت المحكمة بجلسة ٨ سبتمبر سنة ١٩٤٠ إلغاء الحكم ، وحكمت للمدعى على ابنته بسقوط متجمد نفقتها عليه فى المدة من ١٥ أبريل سنة ١٩٣٩ لغاية آخر ديسمبر سنة ١٩٤٠ ، وأمرتها بعدم مطالبته بشىء من ذلك ، وألزمتها بالمصاريف والأتعاب حضوريا ، «لأن نفقة غير الزوجة والصغير تسقط بمضىّ المدة التى قدرها الفقهاء ، وهى شهر ، ما لم تكن مستدانة فعلاً بإذن القاضى . ولا خلاف بين الخصمين فى أن الحكم لم يصدر بإذنٍ من القاضى باستدانتها ، ولم تذكر هى أنها استدانتها » .

تعقيب :

لستُ أرى أن أعقِّب على الحكم الاستئنافىّ بشىء . أو إن شئتَ فانظر الحكم الآتىَ والتعليقَ والتعقيب .

١٧ — حكم

أجر مسكن الحضانة للصغير من نفقته الواجبة على أبيه، والتى لا يشاركه فيها أحد، فتجب الأجرة على الأب وإن كانت الحاضنة تملك مسكناً وتسكنه فعلا .

الإثنين ٢٨ شعبان سنة ١٣٥٩ — ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٤٠
محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر

الوقائع

طلب المدعى الحكم على المدعى عليها بإبطال أجرة مسكن وحضانة لولديه . . . وقدرها ٦٠ شهريا ، المحكوم بها من محكمة الضواحى الشرعية فى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٠ فى القضية رقم ٥١٩ سنة ٣٩ / ١٩٤٠ ، لأن المدعى عليها تملك حصة قدرها ٤ قراريط من المنزل . . . وتقيم فيه ، وهو كافٍ لسكناها . وقدم صورة من الحكم ، وكشفاً رسمياً من مصلحة الأموال المقررة ، دل على أن . . . تملك ٤ قراريط من المنزل المذكور ، وأن عوائد المنزل قدرت أخيراً بمبلغ ٨٠ مليما و ٤ جنيهات . وقال وكيل المدعى : إن ما قدمه كاف لإثبات دعواه .

المحكمة

من حيث إن الفقهاء قد نصوا على أن نفقة الصغير واجبة على أبيه لايشاركه فيها أحد ، ونصوا على أن النفقة تشمل السكن . « وقال هشام : سألتُ محمداً عن النفقة ؟ فقال: هى الطعام والكسوة والسكنى» . نقله صاحب فتح القدير (ج٣ص٣٤٤— ٣٤٥) فى الكلام على نفقة الصغير، ثم قال تعليلاً له : « ولأنه جزؤه، فكان كنفسه » . وهذا مما لاخلاف بينهم فيه . إلّا أن بعض المتأخرين اشتبه عليه الأمر، فظن أن

أجرة المسكن داخلة فى أجرة الحضانة ، فصرح بعدم وجوبها ، قال ابن عابدين : (ج ٢ ص ٦٣٧ الطبعة الأولى ببولاق) ما نصه : « فى نفقات البحر عن التفاريق لا تجب فى الحضانة أجرة المسكن ، وقال آخرون : تجب إن كان للصبى مال ، وإلا فعلى من تجب عليه نفقته اه وفى النهر : و ينبغى ترجيح عدم الوجوب ، لأن وجوب الأجر لا يستلزم وجوب المسكن ، بخلاف النفقة اه قلت : صاحب النهر ليس من أهل الترجيح ، فلا يعارض ترجيحُه ترجيحَ نجم الأئمة ، ولاسيما مع ضعف تعليله ، فإن القول بوجوب أجرة المسكن ليس مبنيًّا على وجوب الأجر على الحضانة ، بل على وجوب نفقة الولد ، فقد تكون الحاضنة لامسكن لها أصلاً ، بل تسكن عند غيرها ، فكيف يلزمها أجرة مسكن لتحضن فيه الولد ؟ بل الوجه لزومه على من تلزمه نفقته ، فإن المسكن من النفقة . ونقل الخير الرملى عن المصنف أنه اختلف فى لزومه ، والأظهر اللزوم ، كما فى بعض المعتبرات ، قال الرملى : وهذا يعلم من قولهم : إذا احتاج الصغير لخادم يلزم الأبَ ، فإن احتياجه إلى المسكن مقرر اه قلت : واعتمده ابن الشحنة ، مخالفاً لما اختاره ابن وهبان وشيخه الطرسوسى . والحاصل أن الأوجه لزومه لما قلنا ، لكن هذا إنما يظهر لو لم يكن لها مسكن ، أمَّا لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد و يسكن تبعاً لها فلا ، لعدم احتياجه إليه ، فينبغى أن يكون ذلك توفيقاً بين القولين ، و يشير إليه قول أبى حفص : وليس لها مسكن ، ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين ، فليكن عليه العمل » انتهى كلام ابن عابدين . وقد سارت المحاكم على ما اختاره ابن عابدين .

ومن حيث إن هذا الاختيار غير صحيح ، لأنه إذا كان صاحب النهر ليس من أهل الترجيح فابنُ عابدين أبعدُ من أن يكون منهم ، وتعليله الصحيحُ فى أول كلامه ، بأن وجوب أجرة المسكن ليس مبنيًّا على وجوب الأجر على الحضانة بل على وجوب نفقة الولد ، هو التعليلُ المطابق لأقوال الفقهاء ولقواعد الفقه ، وأما اختياره بعد ذلك أن هذا يظهر لو لم يكن لها مسكن ، فإنه لادليل عليه ، بل هو إختيار باطل ، لأن

جعلَ مسكن الحضانة المملوك لها مسكناً للولد تبعاً ، فيه تحميلها جزءاً من نفقة الولد الواجبة على أبيه ، وقد نصوا على أنه لايشاركه فيها أحد .

ومن حيث إن ما اختاره ابن عابدين للتوفيق بين القولين لا وجه له أيضاً ، من جهة أن أحد القولين ، وهو عدم وجوب أجرة المسكن ، قول باطل ، مخالف لنصوص الفقهاء وقواعد الفقه ، فلا يعتبر فى موضع الخلاف ، ولا يُتحرَّى الجمعُ بينه و بين القول الآخر الصحيح ، بل يجب اطّراحه والأخذ بالرأي السليم ، وهو أن نفقة الولد بأنواعها من طعام وكسوة ومسكن وخادم تجب على أبيه ، إذا كان الولد فقيراً ، ولا يشارك الأبَ فيها أحدٌ ، سواء أ كانت الحاضنةَ أم غيرها .

ومن حيث إن المدعى طلب فى هذه الدعوى إبطال أجرة المسكن لأن المدعى عليها تملك مسكناً ، وقد بينَّا أن هذا لايمنع من وجوب أجرة المسكن على الأب ، وقد وجبت وحكم بها للولد فعلاً .

لذلك

قررنا رفض الدعوى غيابياً .

تعد

استؤنف هذا الحكم أمام محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، وصدر حكمها فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٠ فى القضية رقم ٤٤٧٢ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠ بإلغاء هذا الحكم وإعادة القضية إلى المحكمة الجزئية للسير فيها ، وبُنى الإلغاء على الأسباب الآتية :

« من حيث إن نفقة الصغير بجميع أنواعها من طعام وكسوة ومسكن وغير ذلك إنما وجبت على أبيه لإحياء نفسه ، فإذا اندفعت حاجته إليها كلها ، بأن كان له مال يسد جميع نفقاته ، سقط وجوبها على غيره ، ووجبت فى ماله ، فإذا اندفعت حاجته إلى بعض أنواع النفقة سقط عن أبيه هذا البعض الذى انتفت حاجته إليه ، كما إذا كان الصغير يملك مسكناً يستطيع أن يسكن فيه ، فإنه لا يجب على أبيه أجر سكنه . وهذا أمر مقرر شرعاً ، لا خلاف فيه بين الفقهاء » .

«ومن حيث إنه بناء على هذا الأصل فإنه إذا كان الصغير فى يد حاضنته ، وكانت الحاضنة تملك مسكنا تسكنه بالفعل ، ويسكن الصغير معها فيه تبعاً لها ، دون أن تتكلف له شيئاً زائداً ، فإن أجرة مسكنه تسقط عن أبيه . لعدم احتياجه إليها ، وبالتالى لا يجوز للحاضنة فى هذه الحالة أن تطالب الأب بأجرة مسكن ، لأنها لا تسكن عند غيرها ، بل تسكن فى ملكها ، ولم تتكلف للصغير شيئا لمسكنه ، حتى يسوغ لها أن تطالب بأجرة . ولا يقال أننا إذا منعنا الحاضنة فى هذه الحالة من المطالبة بأجرة مسكن الصغير فقد حملناها جزءاً من نفقته الواجبة على أبيه ، كما ذهب إلى ذلك الحكم المستأنف ، لأننا لم نحملها شيئاً من نفقته ، ولم نوجب عليها أجر سكنه ، وإنما منعناها من إعنات الأب وإضراره ، بمطالبته بأجرة مسكن للصغير انتفت حاجته إليه ، لوجوده معها فى مسكنها المملوك لها الذى تسكنه على أىّ حال ، سواء أكان الولد معها أم لا ، ومنعناها كذلك من أن تتخذ وجود الصغير معها وسيلة لاستغلال مال الأب وأكله بالباطل . وبذلك نكون قد دفعنا الضرر عن الأب ، دون أن نلحق بالحاضنة ضرراً ، أو نحرمها من حقّ ، عملاً بقوله تعالى : ﴿ لا تُضَارّ والدةٌ بوَلَدِها ولا مَوْلُودٌ له بوَلَدِهِ ﴾ . وهذا هو ما استظهره ابن عابدين ، أخذاً من نصوص المذهب ، وجرى على ذلك عمل المحاكم » .

تعقيب

أخشى أن لا تكون المسألة كما صوَّرها الحكم الاستئنافى ، بل تصويرها الصحيح: أننا أُذن لنا فى أن نحكم بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ،(١) فمُنعنا أن نخرج عنه أو نحكم بغيره . وقد حاولتُ فى الحكم السابق لهذا — رقم ١٦ — أن أتأوّل المعنى فى الإذن بالاستدانة فى نفقة الأقارب ، وأظهرتُ أنه صار فى عصرنا هذا إجراءً شكليًّا ، ليست له قيمة عملية ، ثم ردَّتنى محكمة الاستئناف إلى طريق النصّ ، إلى التمسك بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، وإن صار فى هذه المسئلة غيرَ مفهوم المعنى . فجئتُ فى هذا الحكم وتحريتُ تصحيحَ نصٍّ أخطأ المتأخرون فى فهمه ، فأوهموا أن هناك فرقاً فى شرائط الوجوب ، بين نفقة طعام الصغير وكسوته وما إلى ذلك ، و بين أجرة المسكن لحضانته ، ظنا من بعضهم ، أن أجر المسكن من نوع أجر الحضانة ، لا جزءاً من النفقة . فردّ عليه ابن عابدين ظنَّه ، و بيَّن أن « القول بوجوب أجرة المسكن ليس مبنياً على وجوب الأجر على الحضانة ، بل على وجوب نفقة الولد » ، وصرح بأن صاحب النهر ليس من أهل الترجيح ، وأراد أن يستدل بعلة يردّ بها على صاحب النهر ، فأخطأ التعليلَ ، إذ قال : « فقد تكون الحاضنةُ لا مسكن لها أصلًا ، بل تسكن عند غيرها ، فكيف يلزمها أجرة مسكن لتحضن فيه الولد ؟

والوجه الصحيح للتعليل ما قال أولاً ، أن أجرة المسكن من النفقة ، كما فى نصوص المتقدمين التى نقلنا ، ولكن ابن عابدين خشى بعد ذلك أن يَطَّرِحَ قولاً قاله صاحب النهر ، بعد أن فنَّده ، وأثَّر فى رأيه ما اخترعه هو من التعليل ، بأن الحاضنة قد لايكون لها مسكن ، فاخترع شيئاً لم يقله أحد قبله ، ولا هو موافق لأحد القولين ، جمعاً بينهما فيما زعم . فرددتُ النص إلى أصله الصحيح ، لأنا أُمرنا أن نحكم بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة .

(١) أى فى غير ما شُرع له قانون موضوعىّ خاصّ .

وابن عابدين لم يكن من أهل الترجيح ، فإن يكن قولُه فى شىء — خالف فيه المتقدمين من أهل الترجيح — يسمَّى نصًّا ، و يوصف بأنه « أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة » فى قضاتنا وعلمائنا من هم أفقهُ منه وأثقب نظراً ، و إن لم يكونوا أكثر منه — ولا مثلَه — جمعاً للمسائل والأقوال من الكتب .

ثم نرجع إلى مسئلتنا . إن كان قول ابن عابدين — الذى استظهره — يُعتبر نصًا . و يُعتبر أنه « أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة » ، فلا كلام لنا إلاّ أن نأبىَ هذا . و إن كان النصُّ الصحيحُ هو ما نقلنا ، فلا وجه لتلمّس الحكمة والتعليل لقول ابن عابدين ، ولا لوصف مطالبة الحاضنةِ الأبَ بأجرة مسكن الصغير بأنها «تتخذ وجوده معها وسيلةً لاستغلال مال الأب وأكله بالباطل» ، فإن مَن يطلب حقه ويصرُّ على التمسك به ، لا يسمَّى عملُه استغلالاً ، ولا أكلاً لأموال الناس بالباطل ، مهما يكن مِن غِنَى صاحب الحقّ ، ومن فقر الذى عليه الحقّ .

١٨ — حكم

إذا أيسر المحكوم عليه بنفقة الأقارب ، ولم يرجع عليه المحكوم له بما استدان ، فليس له أن يأخذه من تركته ، وبالتالى لا تكون النفقة ديناً فى ذمته .

الأربعاء ٣٠ جمادى الأولى سنة ١٣٦٠ — ٢٥ يونية سنة ١٩٤١
محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر
القضية رقم ١٩٢٦ سنة ١٩٤٠ — ١٩٤١

الوقائع

تضمنت الدعوى أن المدعية حُكم لها من محكمة المنصورة الشرعية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٨ فى القضية رقم ٢١٢٤ سنة ٩٣٧ — ١٩٣٨ بنفقة أربعة جنيهات شهرياً على ابنها المرحوم . . . وأنه توفى بتاريخ ٢ مايو سنة ١٩٤١ ، وتجمد لها عليه مبلغ مائة وعشرين جنيهاً مصرياً بهذا الحكم ، وأنها استدانته ، وأن المدعى عليها الأولى زوجة المتوفى ، وأن له مالاً تأميناً على الحياة لدى شركة . . . التى يمثلها المدعى عليه الثانى . ثم عدَّل وكيل المدعية الدعوى بجعل مبدأ المبلغ المتجمد من ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ ، ليكون المجموع ثلاثين شهراً فى أربعة جنيهات ، واحتفظ لموكلته بالشهر السابق على ذلك . ولم يحضر أحد عن شركة . . . وأجابت المدعى عليها الأولى بمذكرة تضمنت أن الدعوى كيدية ، وأنه لم تكن هناك خصومة بين المدعية و بين ابنها المحكوم عليه بالنفقة ، وأن نفقة الأقارب تسقط بالموت و إن كانت مستدانةً إذا لم يرجع على المحكوم عليه بعد يساره فى حياته . وقدمت أوراقاً تستدل بها على كيدية الدعوى . وقدمت المدعية حكم النفقة ، وقرر وكيلها أنها مطلقة من والد المتوفى ، وقدم قسيمة طلاق نظير الإبراء فى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ .

وترافع بمذكرة للرد على الدفع ، وأجلت القضية لإثبات الدعوى . ثم كلفت المدعية فى الجلسة التالية إحضار جميع أدلتها ، فأحضرت شاهدين سمعت شهادتهما . وناقشنا المدعية شخصياً بما هو مدون بالمحضر .

المحكمة

من حيث إن الحكم للمدعية بالنفقة على ابنها المتوفى حكم غيابىّ بناء على ورقة عرفية فرَضَ فيها هذا القدر على نفسه ، ولم يُعلن الحكمُ إليه ، بل كتب على ظاهره مشروعُ إعلانٍ لم يقدم إلى الجهة المختصة ، موجهٍ إلى المدعى عليها الأولى بصفتها ضمن ورثة المرحوم . . . وقد تبين من أقوال وكيل المدعية بجلسة ٢٣ يونية سنة ١٩٤١ ومن أقوال المدعية نفسها اليوم أن الحكم لم يُنفذ على المحكوم عليه ولم يُعمل به ، وأنها رفعت دعوى حبس ثم تركتها . وهذا كله يدل على أن استصدار الحكم لم يكن عملاً جديًّا من المدعية ، بل كان لمقصد آخر غير الحاجة إلى النفقة .

ومن حيث إنه مما يؤيد هذا أن المدعى عليها الأولى قدمت صورةً رسميةً من محضر حجز فى ١٤ يناير سنة ١٩٤٠ بناء على طلب أحد الدائنين للمتوفى ، وقد حجز على ملابسه الخاصة فى منزل والدته المدعية ، وعينها حارسةً على الأشياء المحجوزة ، وقد كان هذا الحجز قبل زواجه بالمدعى عليها الأولى ، وزواجه بها ثابت أنه كان فى ٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، كما ثبت ذلك فى حكم هذه المحكمة فى ٢٦ مايو سنة ١٩٤١ فى القضية رقم ١٦٣٨ سنة ١٩٤٠ — ١٩٤١ وهو مقدم فى القضية من المدعى عليها الأولى . فلو كان هناك نزاع بينه و بين والدته المدعية يستدعى مطالبتَه بنفقة لها مطالبة جدية ما كان مقيماً معها فى منزل واحد ؟

ومن حيث إن المدعية قررت فى أقوالها أنها كانت ولا تزال تقيم مع والد المتوفى فى منزل واحد ، بل فى دور واحد صغيرٍ فيه حجرتان ودورة المياه ، وليس هذا

شأن المطلقات مع المطلقين ، وقد مضى على الطلاق أكثر من أحد عشر عاماً ، وقد أعلنت المدعيةُ بالحكم الصادر للمدعى عليها الأولى فى القضية رقم ١٦٣٨ سنة ١٩٤٠ — ١٩٤١ وكان الإعلان فى ٢ يونيه سنة ١٩٤١ مخاطباً مع زوجها . . . المقيم معها ، ووقّع هو بإمضائه ، ثم أعلنت بحجز تنفيذىّ بالحكم المذكور فى ١٠ يونية سنة ١٩٤١ مخاطباً مع شخصها ، وأُعلن (الزوج) مخاطباً مع زوجته (المدعية) المقيمة معه ، ووُجّه الإعلانان إليهما فى المنزل رقم . . . بشارع . . . وهو المنزل نفسه الذى اعترفت المدعية أنها كانت ولا تزال مقيمةً به مع والد المتوفى . فهذه القرائن كلها تدل على أن الطلاق الذى حصل فى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ كان لغاية خاصة ، ثم عاد الزوجان إلى الزوجية بعقد آخر ، حملاً لحالها على الصلاح ، وأن المدعية تعيش مع والد المتوفى ، ولا حاجة بها إلى النفقة المحكوم بها على ابنها ، والظاهر من مقارنة سنّ المتوفى ، وأنه كان ثلاثين سنة عند وفاته ، أن هذا الطلاق صورىّ للتحايل به على إعفائه من القرعة العسكرية فقط ، وإن أنكرت ذلك المدعية .

ومن حيث إنه ثبت أيضاً من الأوراق التى قدمتها المدعى عليها أن المدعية ضمنت ابنَها المتوفى فى دين عليه لآخر ، وليس هذا شأن المرأة الفقيرة المحتاجة إلى أن ينفق ابنها عليها .

ومن حيث إن المدعية قررت فى مناقشتها أنها استدانت مبلغ ١٢٠ جنيهاً ، وهو المبلغ المطلوب فى هذه الدعوى ، لتعيش منه ، فى حين أنها قررت أيضاً أنه كان لها حلى قيمته ثمانون جنيهاً ، باعت بعضه قبل الحكم و بعضه بعده ، فقد كانت إذن موسرةً بحليها القيم ، حين استصدرت حكم النفقة على ابنها ، ونفقتها فى مالها إن صح أنها لم تكن فى عصمة أبيه . وادعاؤها استدانة هذا المبلغ الكبير ادعاء غير معقول فى هذه الحال .

فقد تبين من استعراض وقائع القضية وأوراقها والأقوال فيها بطلانُ هذه الدعوى وأنها لم تبن على أساسٍ صحيح .

ومن حيث إن المحكمة احتاطت فأعطت المدعية فرصتين لإثبات دعواها، وخاصة واقعة الاستدانة التى تدعى حصولها، سواء أكانت معقولة أم غير معقولة، وكلفت إحضار جميع أدلتها، فأحضرت شاهدين لم تصح شهادتهما، ولم تحضر غيرهما، فظهر عجزها عن إثبات الدعوى، فضلا عن ظهور بطلانها.

ومن حيث إنه فوق هذا كله، لو صدقت المدعية فى أنها استدانت هذه النفقة على ابنها، فالنص الفقهىُّ يقضى فى حالتها هذه بأنه ليس لها أن تأخذه من تركته، وبالتالى لا يكون ديناً فى ذمته. ففى الفتاوى الأنقروية (ج ١ ص ١٠٨ من طبعة بولاق): «ولو قالت الأم للقاضى افرض النفقة لهذا الصبىِّ على أبيه، ومُرْنى أن أستدين على الأب، فإن القاضىَ يفعل ذلك، فإذا أيسر رجعت عليه بما استدانت، فإن لم ترجع حتى مات ليس لها أن تأخذه من تركته، هو الصحيح. وإن أنفقت من مالها، أو من المسئلة من الناس لا ترجع على الأب، وكذا فى نفقة سائر المحارم. هكذا ذكر فى الأصل». وقد نقل هذا أيضاً صاحب صرة الفتاوى (مخطوط) عن الخلاصة.

فهذا النص صريح فى أن نفقة الصغير — وهى أقوى ثبوتاً من نفقة سائر الأقارب — تسقط بموت المحكوم عليه وإن كانت مستدانة، إذا أيسر المحكوم عليه فى حياته وقصَّر المحكوم له فى الرجوع عليه فى حياته بما استدان. ونفقة الأم فى مثل هذه الحال أولى بالسقوط. والمدعيةُ تقرُّ فى قولها بالجلسة أن ابنها كان موسراً حين استصدرت عليه حكم النفقة، لأن مرتبه كان عشرة جنيهات شهرياً وبأخذ ستة فى المراجعة، وقد استمرَّ ابنها موظفاً فى عمله إلى حين وفاته، فكان يساره ظاهراً بيناً، يمكنها الرجوع عليه شهراً فشهراً إذا استدانت، أو الحجز عليه أولاً فأولاً بما فرض لها، فتركها ذلك فى حياته تقصير منها تحمل تبعته، أو هو على الراجح الظاهر أمارةُ استغنائها عن المفروض لها، إلى ما سبق من الأدلة الأخرى.

لذلك

قررنا رفض الدعوى حضورياً بالنسبة المدعى عليها الأولى وغيابياً بالنسبة للشركة.

١٩ — حكم

بيان معنى « أصل الدعوى » ومعنى « الاجراءات الوقتية » فى المادة (٣٥١) .

المحاكم الجزئية تفصل فى الاشكال المتعلق بالاجراءات الوقتية وإن تعرضت فى بحثها إلى مسائل ليست فى اختصاصها الأصلى المنصوص عليه فى المادتين (٥ و٦) ، لأن هذا اختصاص خاص بنوع معين خارج عن هاتين المادتين .

الأمر بأداء الزيادة فى النفقة أمر أيضاً بأداء الأصل ، وإلا بطل وصف المفروض بأنه « زيادة » .

ما يشتريه متولى الوقف من الريع للاستغلال أو لغيره من مصالح الوقف لا يكون وقفاً ولا يلحق به ، على القول المختار .

الخميس ١٢ ذى القعدة سنة ١٣٥١ — ٩ مارس سنة ١٩٣٣
محكمة المحلة الكبرى الشرعية ... أحمد محمد شاكر
القضية رقم ٤٦٩ سنة ١٩٣٢ — ١٩٣٣

الوقائع

حكم للمستشكل ضده بنفقة فى وقف جده المرحوم أحمد باشا البدراوى ، قدرها اثنا عشر جنيها شهريا ، بتاريخ ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٢٢ من محكمة طنطا الابتدائية الشرعية فى القضية رقم ٥٨ سنة ١٩٢١ — ١٩٢٢ ، وبتاريخ ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٧ فى القضية رقم ٦٨ سنة ٢٦ — ٩٢٧ حكم له أيضاً من المحكمة المذكورة بثلاثة جنيهات مصرية شهريا زيادةً على المقرر له فى ريع الوقف المذكور ، تكملة لطعامه وبدل كسوته وجميع ما يلزم له ويحتاج إليه ، وأمر المستشكلُ الناظرُ على الوقف بأداء هذا المقرر له ، وقد نَفَّذ بالحكم الأخير بمتجمد ٤٥ جنيهاً نفقة ثلاثة أشهر ، من أول سبتمبر سنة ١٩٣٢ لآخر نوفمبر سنة ١٩٣٢ ، وحجز على ثلاث خزن وأربعة سراير بوصة ونصف ، على كل منها مرتبتان ولحاف ومخدتا نوم ، وعلى

تقريباً . وعند البيع استشكل وكيل الناظر بأن الحكم المنفذ به حكم بالزيادة فقط ، والتنفيذ بالأصل والزيادة ، وبأن المنقولات المحجوز عليها ، ما عدا الحاصلات ، لا يجوز الحجز عليها ولا بيعها ، لأنها ملحقة بالمحل الموجودة به ، فتكون وقفاً ، وبأن الصرف على أولاد الواقف وذريته مؤخر عن الخيرات ، وبأنه ليس فى الوقف فاضلُ ريعٍ يصح التنفيذ فيه ، وطلب قبول الإشكال ووقفَ تنفيذ الحكم المستشكل فيه ، وقدم حجة الوقف . ووكيل المستشكل ضده قال إن فاضل الريع كثير ، والمحجوز عليه ليس من أعيان الوقف ، وحكم الزيادة المنفذ به فيه المقرر الأول ، وحكم الفرض الأول حجزه الناظر ، وطلب رفض الإشكال ، وإلزام المستشكل بأتعاب المحاماة . وقدم وكيل المستشكل مذكرة شرح فيها أسباب الإشكال.

المحكمة

قبل الفصل فى هذا الإشكال يجب علينا البحث فى اختصاص المحكمة ، وإن لم يدفع من أحدٍ بعدم الاختصاص ، لأنه مما يدخل تحت المادة (١٠١) التى توجب على المحكمة الحكم بعدم الاختصاص ولو بدون طلبٍ لأسباب ، منها : أن تكون القضية « من خصائص محكمة أعلى أو أقل درجة » . فقد يبدو لأول نظرة أن المحاكم الجزئية الشرعيةَ غير مختصةٍ بنظره ، لأنه يبحث فى أشياء يدعى أحد الطرفين أنها موقوفة ، ويدعى خصمه أنها غير موقوفة ، ودعاوى الوقف من اختصاص المحاكم الابتدائية .

ولكن المادة (٣٥١) نصت على أن الإشكال فى التنفيذ « يرفع ما كان منه متعلقاً بالإجراءات الوقتية إلى المحكمة الجزئية الكائن بدائرتها محل التنفيذ . وما يكون متعلقاً بأصل الدعوى يرفع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم » . والتعبير بلفظَىِ « الإجراءات الوقتية » و « أصل الدعوى » موجود أيضاً فى قانون المرافعات الأهلىّ ، وقد اضطربت فى معناهما أقوال الشراح كثيراً ، حتى إنه ليعسر على الباحث أن

يصل إلى رأى يطمئن إليه ، بل قد رأى بعضهم أن هذا التعبير فى تقسيم الإشكال إلى نوعين خطأ من واضع القانون فى الإبانة عن المعنى المراد الحقيق .

ولكنَّا نرى أن المتشرعين أصرُّوا على هذا التعبير ، ولم يعدلوا عنه ، بعد كل ما قرؤوه من الأقوال والشروح ، فعادوا إليه فى لائحة المحاكم الشرعية الصادرة فى ١٢ مايو سنة ١٩٣١ ، وهى آخر قانون صدر فى هذا الموضوع . فيجب علينا إذن أن نتمسك بلفظ القانون تماماً ، وأن نحاول الإبانة عن المعنى المراد منه ، حتى ينجلى ، سواء أوافقْنا بعضَ أقوال الشارحين أم خالفناهم جميعاً .

فعندنا كلمتان « الإجراءات الوقتية » و« أصل الدعوى » . أمَّا إحداهما « الإجراءات الوقتية » فإنها مبهمة غير واضحة ، مهما حاولنا إيضاحَها ، لأن أىَّ باحثٍ يمكنه أن يتأولَ الموضوع الذى أمامه بأنه من الإجراءات . ثم زادها إبهاماً الوصفُ بالوقتية .

وكذلك كلمة « أصل الدعوى » يمكن أن تكون مبهمةً أيضاً ، ولكن جاء بعدها فى القانون ما يحدِّد معناها تماماً ، فإن « أصل الدعوى » يحتمل احتمالاً راجحًا أنه أصل الدعوى التى صدر فيها الحكم المطلوب تنفيذه ، ويحتمل أيضاً احتمالاً بعيداً أن يكون المراد أىّ دعوى يتعرض لها موضوع الإشكال ، فيما عدا ما سماه القانون « الإجراءات الوقتية » ، ويضعف هذا الاحتمال أن حرف التعريف فى «الدعوى» للعهد ، وهو هنا عهد ذهنىّ . إذ لم يسبق ذكر للدعوى فى هذا الباب من القانون ، وهو (الباب الثانى من الإشكال فى التنفيذ) ، ولا فى هذا الكتاب منه ، وهو (الكتاب الخاص فى تنفيذ الأحكام) ، والعهد الذهنىّ يؤخذ المراد منه من المعنى ومن بسَاطِ القول ، فجاء القانون بعد ذلك بكلمة عيَّنت موضوع العهد الذهنى ، بما لا يتطرق إليه أىُّ احتمال ، فقد قال : « وما يكون متعلقاً بأصل الدعوى يرفع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم » و « الحكم » لا يمكن أن يفهم إلّا أنه الحكم المطلوب تنفيذه المقدم فيه الإشكال ، فالدعوى المشار إليها بالعهد الذهنىّ

هى الدعوى التى صدر فيها الحكم المنفذ فقط ، لاتحتمل غيره بعد هذه القرينة القاطعة .

و إذا حُدِّدَ المرادُ بكلمة « أصل الدعوى » بهذا البيان ، كان ما عداه من أنواع الإشكال وأنواع الدعاوى فيه داخلاً فى كلة « الإجراءات الوقتية » المبهمة ، فإن المبيَّن يحكم على المجمَل ، والمفسَّر يحكم على المبهَم ، وذلك من البديهيات فى علم الأصول . و إنما قلنا هذا لأننا إن فهمنا من كلة « الإجراءات الوقتية » معنًى أخصَّ من هذا المعنى العام ، وهو : كلُّ ما عدا أصل الدعوى فى الحكم المطلوب تنفيذه ، كان عندنا أنواع من الإشكال ليس لها اختصاص قضائىّ ، لأن المحكمة التى أصدرت الحكم تكون مختصة بالإشكال المتعلق بأصل الدعوى الصادر فيها الحكم ، والمحكمة الجزئية الكائن بدائرتها محل التنفيذ مختصة بالإشكال المتعلق بالإجراءات الوقتية ، بالمعنى الخاص إذا ذهبنا إليه ، فيبقى ما كان من الإشكال متعلقاً بغيرهما ليس له محكمة معينة تفصل فيه ، وهو غير معقول ، فإن المادة إنما جاءت لبيان الاختصاص القضائىّ فى الإشكال عند تنفيذ أى حكمٍ ، والاقتصار فى مقام البيان يفيد الحصر ، وكلُّ حكم قابلٌ لأن يكون موضعا للإشكال فى تنفيذه .

وقد يرى بعض الباحثين هذا بعيداً ، لأن الإشكالات فى التنفيذ قد تتعرض لأبحاث فى مواضيع فقهية أو قانونية ، لا يكون الفصل فيها إذا رفعت بها دعوى خاصة من اختصاص المحاكم الجزئية بنص القانون ، كما حدد فى المواد من (٥ إلى ٨) ، ولكنا نرى بما ذهبنا إليه أن هذا اختصاصٌ جديد معيَّن ، نصت عليه المادة (٣٥١) غير الاختصاص الذى ذكر فى المواد الأخرى ، لأن المفهوم من الإشكال أنه من ضمن القضايا المستعجلة ، التى لا تحتمل إطالةً فى الإجراءات ، ويفصل فيها على وجه السرعة . ثم إن المحكمة الجزئية لا تحكم فى الحقيقة فى المسائل التى يتعرض لها الإشكال إلاّ تبعاً للحكم فيما أمامها ، لأنها إما أن تقبل الإشكال وتأمر بوقف التنفيذ ، و إما أن ترفضه فيجب التنفيذ ، من غير أن تصدر فى منطوق حكمها ما يتعلق

بالمواضيع الأخرى ، و إن تعرضت لها فى بحثها ودخلت فى الحكم ضمناً . وقد جعل القانون للحكم فى الإشكال خصوصيةً أخرى فى المادة (٣٥٢) أنه لا يقبل معارضةً ولا استئنافاً مهما كان موضوعه ، من غير نظر إلى أنه مما يستأنف فى المادتين (٥ و ٦) أو مما لا يستأنف ، ومن غير نظر إلى أنه حضورىّ أو غيابىّ . وهذا يؤيد ما ذهبنا إليه من أن الاختصاص فى الإشكال اختصاصٌ معيَّن بالنص ، غيرُ الاختصاص المعروف فى سائر القضايا .

والحكم المستشكل فى تنفيذه أمامنا الآن حكم بنفقة فى ريع الوقف . والخصمان لا يختلفان فى شىء يتعلق بأصل الدعوى الصادر فيها الحكم ، و إنما يختلفان فى أشياء تتعلق بتنفيذه ، من غير تعرض لأصل الحكم أو أصل دعواه ، فتكون المحكمة الجزئية الكائن بدائرتها محل التنفيذ هى المختصة بنظر الإشكال ، و يجب عليها أن تفصل فيه بما يصل إليه اجتهادها ، وكل ما يدعو إليه النظر من مسائل فقهية أو قانونية يجب عليها بحثه ، وأن تبين فيه وجهة نظرها ، ثم تحكم فى الإشكال بما يطابق الشرع والقانون ، سواء أكان ما يتضمنه من المسائل داخلاً فى اختصاصها الأصلى فى موضوع الدعاوى المبين فى المادتين (٥ و ٦) أم لم يكن داخلاً فيه ، لأن هذا اختصاص خاصٌ بنوع معين من القضايا ، وهو الإشكال ، خارج عن هاتين المادتين .

و بعد : فإن الإشكال مبنىّ على أوجه ، الوجه الأول : أن الحكم بالنفقة المنفذ به إنما صدر للمستشكل ضده بمبلغ ٣ جنيهات شهرياً فقط ، فليس له أن ينفذ به بمبلغ ١٥ جنيها شهرياً .

ومن حيث إنه بالاطلاع على الحكم تبين أنه ذكر فيه أن المستشكل ضده قررت له نفقة فى وقف جده المشمول بنظارة حضرة المستشكل ، قدرها ١٢ جنيهاً شهرياً من محكمة طنطا الابتدائية الشرعية ، بتاريخ ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٢٢ فى القضية رقم ٢٨ سنة ١٩٢١ — ١٩٢٢ ، وأن المحكمة فرضت له بعد ذلك ٣ جنيهات زيادة على

هذا المقرر « تكملة لطعامه و بدل كسوته وجميع ما يلزم له و يحتاج إليه » وأمرت الناظر حضوريا بأداء الزيادة .

ومن حيث إن هذا واضح فى أن حضرة الناظر مأمور بأداء الزيادة بعد أداء الأصل ، أى أنه مأمور بأداء الأصل قبل أداء الزيادة ، ولو كان الأمر قاصراً على الأخيرة فقط لكان عبثاً صرفاً ، إذ أن الأصل وهو أضعاف الزيادة لم يكن كافياً لحاجات المحكوم له ، كما ثبت أمام المحكمة التى حكمت ، بل لبطل وصف المفروض بالحكم بأنه « زيادة » ، فعاد على أصل الحكم بالنقض ، ولا يقول بهذا أحد .

والوجه الثانى : أن المنفذ حجز على منقولات بمحل إدارة الوقف (مكان الضيافة) وهى أثاث للمحل ، وهى موقوفة تبعاً لوقف المكان ، ولا يجوز الحجز على أعيان الوقف ، إذ النفقة إنما تجب فى الريع .

ومن حيث إن المنصوص عليه شرعاً أن وقف المنقول باطل إلاّ فى أشياء مستثناة معروفة فى كتب الفقة ، وأن المنقول إنما يصح وقفه تبعاً للعقار لا استقلالاً .

ومن حيث إن المنقولات المحجوز عليها ليس لها ذكر فى كتاب الوقف أصلاً ، لا تبعاً ولا استقلالاً ، فهى غير موقوفة قطعاً ، و إنما هى مشتراة من الريع .

ومن حيث إن مكان الضيافة نفسه ليس موقوفاً ، بل هو من مصارف الوقف التابعة له فقط ، فبالأولى ما فيه من المنقولات . وذلك أن المرحوم أحمد باشا البدراوى وقف فى كتاب وقفه أرضاً محدودةً لإنشاء مسجد ومدرسه وضريح وغير ذلك ، ووقف أيضاً ٢٠ س ١١ ط ١٣٩٢ ف ، ولم يقف أرضاً لتكون داراً للضيافة ، بل قال فى الحجة (ص ١٠) ما نصه : « وباقى الأعيان الموقوفة يكون وقفا يصرف ريعه فى وجوه البر والخيرات ، وهى مصالح المسجد والضريح والسبيل والمكتب والمدرسة والمستشفى ، المقدم ذكر ذلك كله ، ودار الضيافة ، الآتى ذكرها فى الشروط ». ثم قال فى الشروط (ص ١٢) : « وفى إنشاء مكان لضيافة أواسط الناس وأشرافهم وأبناء السبيل والواردين والمترددين بناحية سمنود ، يكون لائقاً بحالهم ومبيتهم ،

وما يحتاج إليه مكانه المذكور من أثاث وركائب ، من خيول و بغال وحمير وعربات وخدم وغيره ، بحيث يصرف فى إنشاء دار الضيافة المذكورة مبلغاً قدره مائتان وخمسون ألف قرش صاغ من ريع ذلك الوقف » . هذا كل ما يهمّ من الحجة فى الكلام على دار الضيافة ، ومنه يعرف أن الواقف لم يقف لها أرضاً معينةً ، ولم ينص على أن دار الضيافة تكون وقفاً ، ولو نص على ذلك لم تكن وقفاً أيضاً ، لأن من شرط الموقوف شرعاً أن يكون معلوماً للواقف وقت الوقف ، فلو وقف شيئاً من أرضه ولم يبينه وقت الوقف لا يصح ، لجهالة الموقوف . و بذلك لا يأتى هنا استدلال حضرة المستشكل بلسان وكيله بقول الواقف (ص ١١) : « إن ما يعمره الواقف المذكور فى أماكن هذا الوقف أو يحدثه بأراضى الزراعة من بناء أو آبار وغير ذلك يكون ملحقاً بوقفه هذا فى جميع أحكامه وشروطه ، وكذلك ما يعمره أو يحدثه من يؤول إليه هذا الوقف أو يتولاه » ، لأن بناء دار الضيافة وكل ما يتبعه لم ينشأ فى أرض الوقف ، و إنما أنشىء من الريع ، وقد نص الفقهاء على مثل هذا ، فنقل العلامة الطرسوسى فى أنفع الوسائل (ص ٢٢٩) عن الذخيرة ما نصه : « متولى المسجد إذا اشترى بمال المسجد حانوتاً أو داراً ثم باعها جاز ، إذا كانت له ولاية الشراء ، وهذه المسألة بناء على مسألة أخرى : أن متولى المسجد إذا اشترى من غلته داراً أو حانوتاً ، هل يلحق بالحوانيت الموقوفة على المسجد ؟ ومعناه أنه هل يصير وقفاً ؟ ج : اختلف المشايخ فيه ، قال الصدر الشهيد : المختار أنه لا يلتحق ، ولكن يصير مستغَلا للمسجد ، وهذا لأن الشرائط التى يتعلق بها لزوم الوقف وصحته حتى لا يجوز فسخه ولا بيعه لم يوجد شىء من ذلك هنا ، فلم يصر وقفاً ، فيجوز بيعه ، وذكر فى الخلاصة فى الفتاوى : الفاضل من وقف المسجد يشترى به مستغلاً حانوتاً أو داراً ، والمشترى بمال الوقف لا يلتحق بالدار الموقوفة ، هذا هو المختار » . ونقل مثل ذلك عن قاضيخان وعن متن البحر المحيط . ونقل مثله أيضاً فى الهندية (ج ٢ ص ٢٨١ طبعة بولاق سنة ١٢٧٦) وكذلك فى الأنقروية (ج ١ ص ٢٢٠ — ٢٢١ طبعة

بولاق سنة ١٢٨١) وغيرها من كتب الفقة المعتمدة . فهذه النصوص صريحة فى أن ما يشتريه متولى الوقف من الريع للاستغلال أو لغيره من مصالح الوقف لايكون وقفاً ، ولا يلحق به على القول المختار .

الوجه الثالث : أن الصرف على أولاد الواقف وذريته مؤخر عن الخيرات المنصوص عليها بحجة الوقف ، كالمسجد والمدرسة والمستشفى ودار الضيافة ، كما قال وكيل حضرة الناظر .

ومن حيث إنه بالرجوع إلى حجة الوقف يتبين أن الواقف عيّن لوقفه مصارفَ خيرية كثيرة ، وذكر فى أثنائها قوله (١٢ — ١٣) : « ومنها أن على الناظر أن يصرف لأولاد الواقف وذريته ونسله وعقبه ذكوراً وإناثاً ما يحتاجون إليه وما يلزم لهم ، من طعام وإدام وكسوة وغير ذلك ، كالسكنى ونحوها ، بحسب اللائق لمقام كل منهم وحاله » . وهذا لا يقتضى تقديم نوعٍ على نوع ، بل هى أنواع مسرودة تبعاً لذكرها ، لا على قصد الترتيب الذى يدعو إلى التقديم والتأخير . ثم إننا لا نستطيع أنْ نعتقد أن الواقف رحمه الله ، بعد أن أُوتى التوفيق لإرادة كل هذه الخيرات والصدقات التى صنع فى وقفه ، يقصد إلى عمل يُحْبط كلَّ صدقةٍ تصدقها ، وهو أن يَدَعَ ورثته عالةً يتكففون الناس ، وأمامَهم ثروةٌ واسعة لعائلهم ، يُنْفَق رَيعُها يميناً وشمالاً ، فى مصارف متنوعة ، بل إن قصد إلى تقديم بعض المصارف على بعض ، فإنما يقصد أولاً إلى كفاية أولاده وذريته ونسله بحاجتهم « بحسب اللائق لمقام كل منهم وحاله » كما نص فى وقفه . وهذه عاطفة فطرية ، توافق ما أتت به الشريعة الغراء ، لا يخطئها إلاّ من أخطأ حَظَّه من الرحمة والتوفيق .

الوجه الرابع : أنه ليس فى فاضل ريع الوقف ما يفى بالحكم الصادر للمستشكل ضده ، ولا لأمثاله من المحكوم لهم بالنفقة .

ومن حيث إن المحكمة لا ترى موضعاً للبحث فى الريع وفاضله ، فى وقفٍ مقداره ١٣٩٢ فداناً ، ينفذ فيه حكمٌ بنفقةٍ هى ١٨٠ جنيها فى السنة ، إذ أن ريع

الوقف يسعها ويسعُ أضعافها بداهةً . ولو رأى حضرة الناظر أن المبلغ المحكوم به كثير بالنسبة للريع الذى يغله الوقف ، فإن له أن يتقدم إلى محكمة الموضوع ، حتى إذا ما أقرته على ما يرى ، أصدرت له حكماً واجب النفاذ ، أما الآن فلا ، لأن محكمة الإشكال أمامها حكم محترم ، يجب على الناظر تنفيذه ، ويجب عليها أن توصى باحترامه .

ومن حيث إن المستشكل ضده طلب الحكم له بأتعاب محاماة ، وهو طلب صحيح .

لذلك

حكمنا برفض الإشكال وبإلزام المستشكل بمائة قرش أتعاب محاماة حضورياً .

٢٠ — حكم

المبادىء التي تقررها المحكمة العليا الشرعية بهيئة (دوائر مجتمعة) طبقاً للمادة (٣٢٨) ليست فى قوة القانون ولا ملحقة به ، فلا يجب على غيرها من المحاكم الجزئية أو الابتدائية التقيد بهـا إذا لم توافق رأيها ، وإنما هى اجتهاد محترم فى مواضع النظر ، يوجد بعده اجتهاد أرجح منه وأقوى دليلاً .

لا يجوز للقاضى أن يحكم بغير ما يعتقده حقا ، فلا يجوز له أن يتقيد فى قضائه برأى غيره . وهذا هو الأثر الصحيح لاستقلال القضاء .

تختص المحاكم الجزئية الشرعية بالحكم بالمصاريف والأتعاب فى القضايا التى فصلت فيها ، ولو كان طلبها فى دعوى مستقلة ، طبقا لعموم المادة (٢٨١)،وهذا اختصاص خاص بالنص ، غيراختصاصها المذكور فى المادتين (٥و٦) .

الأربعاء ٢٨ رمضان سنة ١٣٥٩ — ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠
محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر
القضية رقم ٢١١٦ سنة ١٩٣٩—١٩٤٠

الوقائع

طلبت المدعية الحكم لها على المدعى عليه بمصاريف وأتعاب عن القضايا . . . التى حكم فيها لمصلحة المدعية وسببتها خصومة المدعى عليه ، وضمت القضايا المذكورة للاطلاع عليها ، وكلف وكيل المدعى عليه الاطلاع عليها . فدفع الدعوى بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظرها ، لأن طلب الحكم بالأتعاب عن القضايا الجزئية ليس من اختصاص تلك المحاكم ، بل المختص بذلك المحاكم الكلية ، وقد جرى على ذلك عمل جميع المحاكم ، عملاً بحكم الدوائر المجتمعة . فأرجأنا الفصل فى الدفع للفصل فى الموضوع ، وطلب منه الكلام فى الموضوع ، فصمم على دفعه .

المحكمة

من حيث إن المدعى عليه دفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر هذه الدعوى ، مستنداً إلى حكم الدوائر المجتمعة بالمحكمة العليا الشرعية ، الصادر فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٩ فى القضية رقم ٥٣ سنة ١٩٣٨ — ١٩٣٩ المنشور بمجلة المحاماة الشرعية ، فى العدد العاشر من السنة العاشرة (ص ٨٦٣) .

ومن حيث إننا بعد اطلاعنا على الحكم المذكور لا نرى أن هذه المحكمة مقيدةٌ فى أحكامها باتّباعه ، لأن من حق القاضى بل من الواجب عليه أن يحكم بما يراه حقًّا ، فى حدود الشرع والقانون والعدل ، وليس من حقه ، بل لا يجوز له أن يحكم بغير ما يعتقده حقًّا ، فلا يجوز له أن يتقيد فى قضائه برأى غيره ، وهذا هو الأثر الصحيح لاستقلال القضاء . والمادة (٣٢٨) التى أجازت للمحكمة العليا الحكم بهيئة دوائر مجتمعة لم تقيد المحكمةَ العليا نفسَها بوجوب اتّباع ما صدر عن هذه الهيئة الموقرة ، بل أجازت لها صراحة أن تجتمع إذا كان من رأيها العدولُ عن اتباع مبدأ تقرر فى أحكام سابقةٍ ، ولم ينص فى هذه المادة ولا فى غيرها على أن ما تصدره الدوائر المجتمعة من المبادئ يكون له قوة القانون ، أو يكون ملحقاً بالقانون ، حتى يكون ملزماً لغيرها من المحاكم الجزئية أو الابتدائية ، وإنما هو اجتهاد محترم فى مَواضع النظر ، يوجد بعده اجتهاد أرجح منه وأقوى دليلاً .

ومن حيث إن من المبادئ التى تقررت فى الحكم المذكور من الدوائر المجتمعة ، أن المحاكم الجزئية غير مختصة بنظر قضايا الأتعاب والمصاريف استقلالاً ، وإنما أُبيح لها أن تحكم بها إذا طُلبت تبعاً مع الدعوى ، أما إذا طلبت استقلالا فإنما تكون من اختصاص المحاكم الابتدائية . وبينت المحكمةُ السببَ الذى قررت به هذا المبدأ بقولها : « إن حق طلب المصاريف والأتعاب من الخصم المحكوم عليه من الحقوق التى قررتها الشريعة الإسلامية ، فهى من الموادّ الشرعية التى تختص المحاكم الابتدائية

الشرعية بالنظر والفصل فيها ، طبقاً للمادة الثامنة من القانون . فلم تكن هذه المحاكم ممنوعةً من النظر والفصل فيها قبل زيادة المادة رقم (٢٨١) من القانون رقم (٧٨) سنة ١٩٣١ ، وإنما أراد المشرع بزيادة هذه المادة التصريحَ بما تضمنته المادة الثامنة بشأن ذلك ، وإعطاء الحق لكل محكمة مختصة بالنظر والفصل فى موضوع مما أن تحكم بالمصاريف والأتعاب عن قضية هذا الموضوع على الخصم المحكوم عليه ، متى طلب منها ذلك مع الموضوع ، وبذلك جُعل للمحكمة الجزئية حقُّ الحكم بالمصاريف والأتعاب عن القضية التى تنظرها متى طلب منها ، مع أن ذلك ليس من اختصاصها ، فإن المادتين الخامسةَ والسادسةَ من هذا القانون بينتا الموادَّ التى تختص المحكمة بنظرها على سبيل الحصر[1] ، وليس من بينها طلب المصاريف » . إلى أن قالت المحكمة : « ولم يكن تجاوز المشرع حدودَ الاختصاص التى سبق أن قررها لخلل فى توزيع الاختصاص بين المحاكم المختلفة ، ولا نسخاً لهذا التوزيع ، وإلا كان الأجدر به تعديل الاختصاص فى الباب المعد لبيانه » .

ومن حيث إننا نخالف الهيئة الموقرة فى هذا كله ، فإن توزيع الاختصاص بين المحاكم فى مواد معينة ، ومنها المادتان الخامسة والسادسة ، اللتان حصرتا اختصاصَ المحاكم الجزئية نصًّا ، لم يمنع أن يُجعل للمحاكم الجزئية فى مواد أخرى اختصاصٌ آخرُ ، أبعدُ مايكون من اختصاصها الأصلىّ . وذلك مثل المادة (٣٥١) التى نصت على أن الإشكال فى التنفيذ إذا كان متعلقاً بالإجراءات الوقتية يُرفع إلى المحكمة الجزئية الكائن بدائرتها محل التنفيذ ، وقد يكون الحكم المستشكل فى تنفيذه حكماً من المحكمة العليا أو من محكمة كلية فى دائرة اختصاصها ، ومع ذلك تفصل المحكمة الجزئية فى الإشكال المتعلق به ، وقد أصدرنا فعلاً أحكاماً فى قضايا إشكال فى أحكام

---

(١) ليس فى المادتين حصر لفظى بالنص ، ولكنه حصر مستنبط من الاقتصار فى مقام البيان، ومن النص فى المادة (٨) على أن المحاكم الابتدائية تختص بالحكم فى المواد التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية . ومن المفهوم بداهة أنه إذا نص فى مادة أخرى على اختصاص آخر للمحاكم الجزئية كان النص أقوى دلالة من الاستنباط .

بنفقة فى وقف ، وشؤون الوقف ليست من اختصاص المحاكم الجزئية ، ومنها حكم حكمنا به فى محكمة المحلة الكبرى الجزئية الشرعية فى ٩ مارس سنة ١٩٣٣ فى القضية رقم ٤٦٩ سنة ١٩٣٣/٣٢[1] ، وبينّا فيه أن هذا اختصاصٌ خاص للمحاكم الجزئية ، منصوص عليه ، لاينافيه النص فى المادتين (٥ و ٦) على اختصاصها ، وقد وافقت المحكمة العليا الشرعية على هذا الرأى ، وحكمت بعدم اختصاصها فى إشكال رُفع إليها يتعلق بالإجراءات فى تنفيذ حكم صدر منها ، وهذا الحكم صدر فى ٩ مارس سنة ١٩٣٥ ، ونشر بمجلة المحاماة الشرعية ، فى السنة السادسة (ص٣٠١—٣٠٣) ثم رُفع إلينا هذا الإشكال نفسُه ، الذى قررت المحكمة العليا فيه عدمَ اختصاصها ، وفصلنا فيه بمحكمة أنبابة الشرعية ، فى القضية رقم ٧٠٢ سنة ١٩٣٥/٣٤ بتاريخ ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ ، ونشرهذا الحكم فى مجلة المحاماة الشرعية ، فى السنة السادسة (ص ٩٩٣ — ٩٩٨) .

ومثال آخرُ مما تحكم فيه المحاكم الجزئية وليس داخلاً فى المادتين (٥ و ٦) : أن المادة (٢٣١) نصت على أن أجور الخبراء ومصاريفهم تقدرها المحكمة التى تنظر الدعوى ، وأن المواد (٢٣٤ ، ٢٣٦ ، ٢٣٩) بينت من ينفّذ عليه أمرُ التقدير ، وطريقَ المعارضة فيه ، ورجوعَ من دفع الأجرة قبل تخفيضها على أهل الخبرة ، ومن البديهىّ أن ذلك كله تفصل فيه المحكمة التى تنظر الدعوى ، جزئيةً كانت أم ابتدائيةً ، وأن هذا اختصاص معين منصوص عليه ، لاينافى الحصر الذى فى المادتين (٥ و ٦) .

ومثال آخر : دعوى التزوير فى سند تمسك به مقدمه فى إحدى القضايا ، فإنها دعوى مستقلة ، تأخذ سيراً خاصاً قانوناً ، وتنظرها وتفصل فيها المحكمة التى تنظر الدعوى الأصلية ، جزئيةً كانت أم غيرها ، كما هو مبين فى المواد (١٥٤ — ١٧١) .

ومن حيث إن المادة (٢٨١) شأنُها فى ذلك شأن غيرها مما أشرنا إليه ،

(٢) هو الحكم السابق رقم ١٩

أضافت اختصاصاً معيناً إلى المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، أو قررت صراحةً حقاً كان ثابتاً لها من قبلُ ، ولذلك أحالت فى المعارضة فى المصاريف والأتعاب فى المادة (٢٨٢) على الأوضاع المقررة فى المواد (٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨) الخاصة بالمعارضة فى تقدير أجور الخبراء ومصاريفهم ، لأن مصاريف القضايا وأتعابَ المحاماة فيها أشدُّ الأشياء شبهاً بأجور الخبراء ومصاريفهم .

ومن حيث إن التبعية هنا فى اختصاص المحكمة بالفصل فى المصاريف والأتعاب ليست تبعية مكانٍ ، حتى يُشترط فيها أن يكون طلبُ ذلك مع الدعوى نفسها ، وإنما هى تبعية عمل ، أى أن القاضىَ الذى يفصل فى الدعوى هو الذى يفصل فيما يتبعها من المصاريف والأتعاب ، كما يفصل بدعوى مستقلة فيما يتبعها من دعوى التزوير ، وكما يفصل بأمر تقديرٍ مستقلٍّ فيما يتبعها من تقدير أجور الخبراء ومصاريفهم والمعارضة فيها .

ومن حيث إن قول الدوائر المجتمعة فى حكمها « وبذلك جعل للمحكمة الجزئية حق الحكم بالمصاريف والأتعاب عن القضية التى تنظرها متى طلبت فيها » هذا القول لا يوافق مانصت عليه اللائحة ، ولا مايفهم منها فهماً واضحاً ، وليس فى المادة (٢٨١) القيدُ الذى ذكرته الهيئة بقولها « متى طلبت فيها » ولا يمكن أن يستنبط بأىّ نوع من أنواع الاستنباط ، لأن نص المادة (٢٨١) هكذا : « يُحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، وإذا تضمن الحكم ثبوت حق لكل من الخصوم على الآخر فيما يدعيه كله أو بعضه جاز الحكم بالمقاصة فى المصاريف أو تخصيصها عليهم ، بحسب ماتراه المحكمة وتقدره فى حكمها » . وهذا النص على مافيه من إبهام وإجمال لايمكن أن يدل على أن طلب المصاريف والأتعاب ، أمام المحكمة الجزئية أو غيرها ، يجب أن يكون مع الدعوى الأصلية ، كما فهمت الدوائر المجتمعة ، بل يجب فى فهمه ، لرفع شىء من الإبهام الذى فيه ، أن ينظر إلى ما يماثله من اللائحة ، وأقرب شىء يماثله ما جمعت المادة التى بعدها (٢٨٢) بينه وبينه ، وهو أجور الخبراء ، إذ

أحالت المعارضةَ فى تقدير مصاريف القضايا على المعارضة فى أجور الخبراء ، فجعلت بين التقديرين شبهاً فى هذا ، فكان القياسُ الصحيح يقضى بأن يرجع فى فهم المادة (٢٨١) لرفع بعض الإبهام فيها إلى المادة التى نصت على تقدير أجور الخبراء ومصاريفهم ، وهى المادة (٢٣١) وقد صرحت بأن أجورهم ومصاريفهم تقدرها المحكمة التى تنظر الدعوى .

وبهذا الفهم تُوضع الأمورُ مواضعَها ، فان المحكمة التى تنظر الدعوى أقدرُ على تبيُّن ما يجب لها من المصاريف والأتعاب ، كما أنها أقدر على تبين عمل الخبير وتقديره ، ولذلك نرى أن الدفع بعدم الاختصاص المكانىّ فى قضايا المصاريف لايجوز قبوله ، فيما إذا تغير محل إقامة الخصوم بعد نظر الدعوى وقبل رفع دعوى المصاريف .

ومن حيث إن هذه المادة (٢٨١) لوكان يراد بها مافهمته الدوائرُ المجتمعة كانت أبعدَ شىء عن تحقيق العدالة فى جمهرة القضايا الشرعية ، بل كانت عقبةً فى سبيل أكثر المتقاضين وأشدهم حاجةً إلى الرعاية والترفيه . وذلك أن المتقاضين فى المحاكم الجزئية ، وهم السواد الأعظم من اللاجئين إلى المحاكم الشرعية ، إذا لم يطلبوا المصاريف والأتعاب فى القضية المنظورة ، لم يكن لهم أن يطلبوها إلاّ أمام محكمة ابتدائية ، فإذا حكم لامرأةٍ بنفقة الفقراء فى محكمة الدرِّ مثلاً ، أو حكم لها برفض دعوى طاعة ، ثم رأت أن تطلب حقَّها من المصاريف والأتعاب ، وجب — على رأى الدوائر المجتمعة — أن تطلبه أمام محكمة قنا أو مأمورية أسوان ، ثم إذا بدا لها أو لخصمها استئنافُ الحكم فى ذلك ، لم يكن استئنافه إلاّ أمام المحكمة العليا . وما أظن أحداً يرى أن واضع المادة فى القانون قصد إلى هذا التعجيز والإرهاق .

نعم إن الدوائر المجتمعة قصدت إلى رفع ضرر يلحق بعض المتقاضين ، فيما إذا كانت المحكمة التى نظرت القضية المطلوبَ مصاريفها محكمة استئناف مثلاً ، فإن حكمها بالمصاريف يكون لأول مرة ، ومع ذلك يكون حكمها حكماً نهائيا ، تبعاً

لدرجتها فى نظر القضية الأصلية ، فلا يكون للمحكوم عليه بها درجة ثانية فى التقاضى . ولكن هذا الضرر فى العدد الأقل ، ولا يصح أن يكون العلاج لرفعه بتأويل فى القانون يضرُّ بالعدد الأكثر ، وإنما يكون بطلب تعديل القانون إن وُجد له وجه .(١)

لذلك

قررنا رفض الدفع بعدم الاختصاص ، وحكمنا للمدعية على المدعى عليه بمبلغ أربعمائة وثمانين قرشاً صاغاً أتعاباً ومصاريف عن القضايا المذكورة ، وأمرناه بالأداء إليها حضوريا .

---

(١) ذكرنا هنا بعد ذلك بيان القضايا المطلوب عنها الأتعاب ، ومقدار ما قدرناه فى كل واحدة ، مما لا حاجة بالقارئ إليه فى هذا الكتاب .

تعليق

استؤنف هذا الحكم أمام محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، فى الاستئناف رقم ٦٤ سنة ١٩٤٠ — ١٩٤١ فقررت بجلسة ١٣ أبريل سنة ١٩٤١ إلغاءه وإلغاء القرار برفض الدفع بعدم الاختصاص ، وحكمت بقبول الدفع وبعدم اختصاص المحكمة الجزئية بنظر الدعوى ، بناء على الأسباب الآتية :

«ومن حيث إننا وإن كنا نوافق محكمة أوّل درجة على ماقررته فى مقدمة أسباب حكمها من أن من حق القاضى بل من الواجب عليه أن لاّ يحكم إلاّ بما يراه حقاً فى نظر الشرع والقانون ، وأنه لا يسوغ له أن يتقيد برأى غيره ، إلّا أنه يجب لإطلاق صحة ذلك أن يكون هذا لمجرد أنه رأى غيره ، مهما كان ذلك الغير . أما إذا كان رأى هذا الغير هو المنطبق على القانون الواجب العمل به ، لا سيما إذا كان المشرع قد منحه حق إبداء هذا الرأى ، كان الأخذ به واجباً لذلك ، لا لمجرد أنه رأى للغير كما سيأتى .

ومن حيث إن المشرع الذى نظّم تشكيل المحاكم الشرعية ، وجعلها درجاتٍ وأنواعاً ، قد بيّن اختصاص تلك المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، فى الكتاب الثانى من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وفصّل فى الباب الأول من هذا الكتاب ما تختص به المحاكم الجزئية على سبيل الحصر ، اللهم إلّا بعض خصومات جعلها من اختصاصها أيضاً بنص صريح فى بعض المواد ، كما بيّن اختصاص المحاكم الابتدائية فى الباب الثانى منه . فكل دعوى شرعية يراد رفعها فى إحدى المحاكم الشرعية إنما ترفع أمام المحكمة التى جعلها القانون مختصة بنظرها دون سواها .

ومن حيث إن المادة (٢٨١) التى نصت على الحكم بالمصاريف لم تبين خصوص المحكمة التى تحكم بها ، فيجب الرجوع فى ذلك إلى الاختصاص المبين فى الكتاب الثانى المذكور ، لتعرف المحكمة التى يمكنها الفصل فيها .

ومن حيث إن ما بيّن فى الباب الأول منه ، وهو ما جعل للمحاكم الجزئية حق النظر فيه ، ومفصلٌ فى المادتين الخامسة والسادسة ، ليس منه قطعاً دعاوى المصاريف ، كما أنه لم ينص فى مواد أخرى من القانون على أن هذه الدعاوى من اختصاص المحاكم الجزئيـــة ، فهى إذن ليست من اختصاص تلك المحاكم ، إذ لا اختصاص إلّا بنص ، والقول بأنه لا خلاف فى أن المحاكم الجزئية تحكم بتلك المصاريف إذا طلب منها الحكم فيها مع الموضوع الأصلىّ مع أنها ليست من مشمولات المادتين الخامسة والسادسة ، هذا القول لا يتجه ، لأن المصاريف إذا طلبت مع الموضوع المختصة بنظرة تلك المحاكم كانت جزءا منه ومتممة له أو تابعة له ، فتأخذ أحكامه جميعها ، ومنها الاختصاص . أما إذا طلبت بدعوى مستقلة بعد الفصل فى الموضوع ، فإن التبعية والحالة هذه تكون منعدمة ولا وجود لها ، فلا يترتب عليها الأثر السابق ، بل حكمها حكم سائر الدعاوى المستقلة ، فتأخذ جميع أحكامها القانونية ، ومنها الاختصاص الذى حدده القانون .

ومن حيث إن حق طلب الحكم بالمصاريف على الخصم الذى خسر دعواه ، وهو الذى نصت عليه المادة (٢٨١) ليس حقّاً جديداً أنشأته تلك المادة ، بل هو حق مقرَّر شرعاً ، وهو من المواد الشرعية التى تحكم فيها المحاكم الشرعية ، وقد سبق أنه ليس من المواد التى تختص بها المحاكم الجزئية ، فلا تكون تلك المحاكم مختصة به .

ومن حيث إن المادة الثامنة المنصوص عليها فى الباب الثانى من الكتاب المذكور نصت على أن المحاكم الابتدائية تختص بالحكم الابتدائى فى المنازعات فى المواد الشرعية التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية ، والمصاريف كما سبق من المواد الشرعية ، وهى ليست مما جعل الاختصاص فيه للمحاكم الجزئية ، فتكون بحكم المادة الثامنة المذكورة من اختصاص المحاكم الابتدائية ، وقد بيَّن ذلك جميعه حكم المحكمة العليا المشار إليه بياناً كافياً .

ومن حيث إن ما ذهبت إليه المحكمة الجزئية من أن القانون جعل للمحاكم الجزئية اختصاصاً آخر غير المبين بالمادتين الخامسة والسادسة ، وهذا الاختصاص

هو المبين بالمادتين (٣٥١ و ٢٣١) إلى آخر ما قالته ، ما ذهبت إليه هذا لا ينتج ما ترمى إليه من اختصاص المحاكم الجزئية بنظر قضايا المصاريف بدعوى مستقلة ، ذلك لأن اختصاص المحاكم الجزئية بنظر الإشكالات المتعلقة بالإجراءات الوقتية إنما جاء بنص صريح فى المـادة (٣٥١) ، كذلك أجور الخبراء ، فإن المادة (٢٣١) نصت صراحة على أن حق تقديرها هو للمحكمة التى تنظر الدعوى ، بخلاف الحال فى المصاريف ، فإنه لم يرد نص فى القانون على المحاكم التى تنظرها على وجه التخصيص ، ولا قياس فى القوانين .

كذلك الحال فى دعوى التزوير ، فإنها ليست إلاّ إجراء متمماً للدعوى الأصلية فى جزء منها ، وهو الدليل المقدم فيهـا ، إذ هى لا تخرج عن تحقيق دليل قدم فى دعوى منظورة ، جعل له القانون إجراء خاصا ، نظراً لخطورة التزوير ، أو بعبارة أخرى : هى طعن فى الدليل المقدم للمحكمة ، اقتضى تحقيقه إجراء خاصا نص عليه القانون ، نظراً لخطورته ، فمن البديهى أن تقوم المحـكمة المقدم إليها هذا الدليل فى الدعوى التى تنظرها ، تقوم بهذا التحقيق ، ولـكن على الوجه الذى رسمه القـانون لذلك ، بخلاف دعوى المصاريف التى تطلب بعد الفصل فى الموضوع المطلوب عنه تلك المصاريف .

وأما النص فى المادة (٢٨٢) على أن المعارضة فى تقدير المصاريف تكون بالأوضاع المقررة فى المواد (٢٣٦ و٢٣٧ و٢٣٨) ، ففضلاً عن أن تلك المـادة لم تذكر الأتعاب كما ذهبت إليه محكمة أول درجة ، لأن تقدير الأتعاب حكم ، وقد يكون حضوريا ، فلا يمكن أن يكون الطعن فيه على الوجه الوارد بالمواد التى أشارت إليها المحـكمة الجزئية ، إذ طريق الطعن فى الأحكام معروف ، بل المراد إنما هو المعارضة فى المصاريف التى ألزم المحكوم عليه بها وقدرت بالـكيفية التى نصت عليها المذكرة الإيضاحية بصحيفة (٧٨) ، ولا علاقة لهذا بموضوعنا .

ومن حيث إن قول المحكمة الجزئية أن التبعية هنا فى اختصاص المحكمة بالمصاريف ليست تبعية مكان ، إلى أن قالت : بل هى تبعية عمل الخ ، قولها هذا صحيح ، ولكن ما رتبته على ذلك غير مسلم ، فإن تبعية المصاريف للدعوى تكون تبعية عمل حقيقة إذا كانت قد طلبت مع الموضوع ، فى هذه الحالة تكون التبعية محققة وثابتة ، أما إذا لم تطلب معه فقد انفصلت عنه وانقطعت تلك التبعية ، وصارت مستقلة تأخذ حكم سائر الدعاوى الشرعية ، ومنها الاختصاص طبقاً للقانون كما تقدم. ولا غرابة فى هذا ، فإنه كثيراً ما يثبت للشىء حكم إذا كان تابعاً لغيره ، وينفى عنه إذا لم يكن تابعاً ، وقد بين ذلك حكم الدوائر المجتمعة ، فارجع إليه .

وأما قول الدوائر المجتمعة أنه جعل للمحاكم الجزئية حق الحكم بالمصاريف والأتعاب فى القضية التى تنظرها متى طلب منها الخ ، فهو إنما سيق فى بيان أن هذا الحق لم يكن جديداً ، بل هو حق مقرر شرعاً ومن مشمولات المادة الثامنة أيضاً ، وإنما قصد بالتصريح به فى المادة (٢٨١) أن يعطى الحق لكل محكمة مختصة أن تحكم بالمصاريف إذا طلب إليها ذلك مع الموضوع ، ومن تلك المحاكم المختصة المحاكم الجزئية ، التى لا يدخل فى أصل اختصاصها المبين بالمادتين الخامسة والسادسة هذا النوع من القضايا . فهذه المادة جعلت لهذه المحاكم هذا الحق إذا طلب منها على سبيل التبعية للقضية المختصة هى بنظرها ، لأنها تكون كأنها جزء منها كما سبق ، وعدم التصريح بالطلب فى تلك المادة لأنه مفهوم بداهة ، إذ لا يحكم من غير طلب ، فإن كان الطلب مع الموضوع أخذ حكمه ، وإن كان بدعوى مستقلة كان لا صلة له بالموضوع ، وأخذ حكم سائر الدعاوى ، فهو لا ينافى ما قررته الدوائر المجتمعة فى حكمها ، من أن تلك المادة قد أنشأت للمحاكم الجزئية اختصاصاً فى شىء آخر ، غير ما هو مبين بالمادتين الخامسة والسادسة ، هو الفصل فى المصاريف والأتعاب إذا طلبت مع طلب ما هو من اختصاصها ، ولا يمكن أن يفهم من هذا الحكم أن طلب المصاريف يجب أن يكون مع الدعوى الأصلية ، كما تشير إليه محكمة أول درجة .

أما قولها أنه يجب الرجوع فى فهم المادة (٢٨١) إلى المادة (٢٨٢) فهو قول بعيد عن الصواب ، لأنه قياس فى القوانين ، ولو كان المشرع يقصد أن يكون اختصاص الحاكم فى المصاريف كاختصاصها فى أجور الخبراء ، لنص على ذلك صراحة ، ولايعوزه النص عليه .

أما قولها أن فهم تلك المادة على الوجه الذى جاء بحكم الدوائر المجتمعة بعيد عن تحقيق تلك العدالة فى جمهرة المتقاضين الخ ، فمدفوع بأن القانون قد كفل تحقيق تلك العدالة ، فجعل لكل صاحب حق فى مصاريف دعواه أن يطلبه مع طلباته فى الموضوع ، و يحكم له بها إن كان يستحقها ، من غير أن يكبد نفسه مشقة رفع دعوى مستقلة بها ، فإذا فوّت على نفسه هذا الحق كان مقصراً ، فيحمل تبعة تقصيره و إهماله ، إذ القانون لا يحمى المقصر المهمل فى حقه المخول له .

بقيت كلمة صغيرة نريد أن نقولها فى حكم الدوائر المجتمعة الذى ردت عليه محكمة أول درجة فى أسباب حكمها وقرارها المستأنفين : نصت المادة (٣٢٨) من القانون على أنه كلما رأت دائرة من دوائر المحكمة الشرعية العليا لدى النظر فى إحدى القضايا أن المسألة الفقهية أو القانونية المقتضى البت فيها ، صدر جملة أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض الآخر ، إلى آخر ما جاء بتلك المادة ، فهذه المادة قد أنشأت حقاً للمحكمة العليا بكامل هيئتها لم يكن لها من قبل ، هو النظر فيما صدر من من أحكام يناقض بعضها البعض الآخر فى موضوع واحد ، سواء أكان هذا التناقض ناشئاً عن خلاف فى تطبيق نص شرعىّ أم قانونىّ ، وقد جعل لها ولىّ الأمر هذا الحق بداهةً لتفصل فى الموضوع فصلاً يرفع الخلاف ، و يزيل التناقض فى المستقبل ، و يضع الأمر فى نصابه ، وهى بصفتها المذكورة إذا ما أصدرت حكمها فى المسألة مستندة إلى نصّ شرعى أو قانونى إنما تصدره بناء على حق مخول لها من قبل ولىّ الأمر ، فلو لم يكن حكمها على هذا الوجه رافعاً للخلاف وحاسماً فيه لكان هذا التشريع عبثاً ، وهو ما ينبو عنه عمل المشرع .

وقد أصدرت تلك الدوائر حكمها فى موضوعنا ، وقد قضى ذلك الحكم كما هو صريح أسبابه بأن المحاكم الجزئية غير مختصة بالنظر فى دعاوى المصاريف إذا طلبت بدعوى مستقلة ، بل تكون من اختصاص المحاكم الابتدائية ، طبقاً للمادة الثامنة ، للأسباب التى ذكرتها ، ونرى أن ما ذهبت إليه المحكمة العليا فى ذلك هو التطبيق الصحيح للقانون ، فيجب السير عليه والأخذ به .

ومن حيث إنه والحالة هذه يكون قرار محكمة أول درجة برفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر هذه الدعوى قراراً غير صحيح ، ويتعين إلغاؤه ، كما أن حكمها فى الموضوع يكون غير صحيح أيضاً ، لصدوره من محكمة لا تملك إصداره ، ويتعين إلغاؤه أيضاً ، كما يجب تقرير عدم اختصاص المحكمة المذكورة بنظر هذه الدعوى » .

تعقيب

لا أزال أرى أن ما ذهبتُ إليه ، من أن المحاكم الجزئية الشرعيةَ مختصةٌ بالنظر في المصاريف والأتعاب ، عن القضايا التي حكمت فيها ، إذا رفعت إليها بدعوى مستقلة ، أنه هو الصحيح ، وهو الظاهر من القانون ، وأن التأوُّلَ لجعله من اختصاص المحاكم الابتدائية تأوّلٌ بعيد ، إلى ما فيه من إرهاق المتقاضين في القضايا الجزئية ، ومن تحميلهم أعباء التقاضي فيها ابتداء أمام المحاكم الابتدائية ، واستئنافاً أمام المحكمة العليا ، وإن سُوِّغ هذا الإرهاقُ بأنه كان عقاباً لهم على تقصيرهم أو سهوهم عن طلبها مع موضوع الدعوى الجزئية ، وما أظن أن واضع القانون قصد إلى هذا العقاب على السهو أو التقصير ! !

وقد عُرضت عليّ بعد صدور هذا الحكم الاستئنافيّ قضيةٌ أخرى بطلب أتعاب محاماة ، ودُفع فيها بعدم اختصاص المحاكم الجزئية ، تمسكاً برأي الدوائر المجتمعة للمحكمة العليا ، وبرأي الهيئة الاستئنافية في حكمها هذا ، وهي القضية رقم ٦٦٦ سنة ١٩٤٠—١٩٤١ بمحكمة الأزبكية الشرعية ، وحكمت فيها بجلسة ٢٦ أبريل سنه ١٩٤١ برفض الدفع وبالأتعاب . وقد رأيتُ إذ ذاك أن موضع النظر والبحث في الحكم الاستئنافيّ منحصر في نقطتين ، عرَضتُ لإحداهما ، لأنها أهمّ ما فيه . فقلتُ فيها :

« من حيث إن الفصل استئنافيًّا في موضوع يحوز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة للموضوع نفسه ، لا لما ماثله من المواضيع ، فلا حرج علينا أن نتمسك برأينا في قضية أخرى مماثلة ، ما دمنا مقتنعين بصحة ما ذهبنا إليه » .

« ومن حيث إن أهم نقطة في هذا الموضوع أنه : هل نَصَّ القانون على اختصاص خاص للمحاكم الجزئية في قضايا الأتعاب أو لم ينص ؟ لأنه من البديهيّ أن لاَّ

اختصاص بدون نص . وقد قالت محكمة الاستئناف فى أسباب حكمها المذكور ما نصه » .[1]

. . . .

« ومن حيث إننا نخالف الهيئة الموقرة فيما ذهبت إليه ، من أنه لم يرد نص فى القانون على المحاكم التى تنظر دعوى المصاريف ، لأن المادة (٢٨١) جاءت فى الفصل الأول من الباب الرابع فى الأحكام ، بعد المواد (٢٧٣ — ٢٨٠) ، وكلها نصوص ترسم للمحكمة التى تنظر الدعوى كيف تصدر حكمها فيها . فإذا جاء فى الفصل نفسه النص على أنه « يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها » كان المفهوم بداهة أن هذا تفويض للمحكمة التى حكمت فى الدعوى أن تحكم على المحكوم عليه بالمصاريف ، بل إيجاب عليها أن تفعل . وقد زادت المذكرة التفسيرية ذلك إيضاحاً وبياناً وصراحة ، فى (ص ٧٨) من اللائحة ، إذ بينت أن اللائحة القديمة لم يكن فيها نص خاص بالمصاريف ، فزيدت المادة (٢٨١) لتقرير هذا المبدأ ، ونصت على أن أتعاب المحاماة من المصاريف . وليس بعد هذا بيانٌ للمراد ، أن المحكمة التى حكمت فى موضوع الدعوى هى التى تحكم بالمصاريف ، التى منها الأتعاب » .

هذا ما قلتُه فى هذه النقطة ، وأحب أن أزيده هنا شرحاً وتفصيلاً ، تماماً لإقامة الحجة . وأقدم له بإثبات مادتى القانون ، وما يتعلق بهما من المذكرة التفسيرية :

المادة ٢٨١ — « يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، وإذا تضمن الحكم ثبوت حق لكل من الخصوم على الآخر فيما يدعيه ، كله أو بعضه ، جاز الحكم بالمقاصة فى المصاريف ، أو تخصيصها عليهم ، بحسب ما تراه المحكمة وتقدره فى حكمها » .

المادة ٢٨٢ — « تقبل المعارضة فى تقدير المصاريف من الخصوم ، بالكيفية والأوضاع المقررة فى المواد (٢٣٦ و ٢٣٧ و ٢٣٨) من هذه اللائحة » .

(١) ذكرت هنا عبارة الحكم الاستئنافى الماضية فى (ص ١٥١ س٢٣–٢٤ و١٥٢ س١–٧)

وفى المذكرة التفسيرية : « لم تشتمل اللائحة القديمة على نص خاص بمصاريف الدعوى ، فزيدت المادة (٢٨١) لتقرير هذا المبدأ . وقاعدة الحكم بمصاريف القضية متبعة فى جميع الشرائع ، ومبناها أن مَن خسر دعواه إنما كان يطالب أو يدافع بغير حق ، فيجب أن يُلزم بما تَحَمَّل خصمه من مصاريف فى سبيل الوصول إلى حقه . لذلك قُررت قاعدةُ وجوب الحكم بالمصاريف على الخصم المحكوم عليه » .

« وتشمل مصاريفُ الدعوى الرسومَ القضائية وأجورَ الخبراء ومصاريفَ الشهود وكلَّ ما ينفق رسميا فى إثبات الدعوى ، مثل مصاريف الانتقال وأجر المحاماة . وبالنسبة لأجر المحاماة فإنها تقدر بحسب ما يَرَى القاضى من ضرورة أو عدم ضرورة الالتجاء إلى محام فى القضية ، وإلى قيمة عمل المحامى فى القضية ، ولا ينظر إلى مركزه الشخصىّ ، ولا إلى الاتفاق المعقود بينه وبين موكله » .

« وبما أن بيان المصاريف عمل كتابىّ ، فقد لا يستطيع القاضى أن يبين فى الحكم قيمتها ، ولذلك يقوم به الكاتب بناء على طلب من حكم له بالمصاريف ، فيُقدر الرسوم والمصاريف الرسمية بالرجوع إلى ملف القضية . فإن لم يسلم أحد الخصوم بصحة هذا التقدير فله أن يعارض فيه لدى القاضى ، طبقاً لأحكام الموادّ (٢٣٦ — ٢٣٨) الخاصة بتقدير أجر الخبراء ، المادة (٢٨٢) » .

فقد يظهر للقارئ بداهةً أن المادة (٢٨١) أوجبت على القاضى أن يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، وبالضرورة لا حكم بغير طلب ، ولم تقيد المادةُ طلبَ الطالب أن يكون فى الدعوى نفسها أو مستقلاً عنها ، والمذكرة التفسيرية شرحت المعنى المرادَ من كلمة "مصاريف الدعوى" ، فجعلت منها أتعاب المحاماة . والمذكرات التفسيرية إنما توضع لتحددَ غرض واضع القانون تحديداً دقيقاً ، وتشرحَ الأسباب التى من أجلها يوضع القانون ، وتفسيرُها فى تحديد المعانى والمقاصد ملحقٌ بالقانون ، ومعتمدٌ اعتمادَه . وقد بينت المذكرةُ أيضاً أن من المصاريف نوعاً قد لا يستطيع القاضى أن يبينَ فى الحكم قيمته ، فيقدرُه قلم الكتاب بناءً على طلب

المحكوم له ، وهذا الطلب مستقلٌ عن القضية بعد الفصل فيها ، والمصاريف تقدَّر بعد تقديمه ، فيصدر القاضى أمرَه بها ، وهو أمر مستقلٌ عن الحكم ، ملحقٌ به تفسيراً له ، لأنه يكون قد حَكَم بالمصاريف فى حكمه مجملةً . فما الفرق بين هذا الموقف و بين موقف المحكوم له إذا قصَّر أو سها عن طلب الحكم بالمصاريف عند نظر الدعوى ، ثم عاد إلى طلبها بطلب مستقل يأخذ شكل دعوى جديدة ؟ الموقفان على درجة واحدة من المساواة ، فى المعنى لا فى الشكل ، لا شك فى ذلك . و إذا كان لقلم الكتاب أن يقدر المصاريف الرسمية ، فأولى أن يكون ذلك للقاضى ، إذا قدَّرها بالصفة الإدارية بأمر التقدير ، وأولى ثم أولى أن يكون ذلك أيضاً للقاضى بصفته القضائية ، إذا قدرها فى دعوى مستقلة رُفعت بها خاصةً . وأتعاب المحاماة من المصاريف ، وهى لا تدخل تحت تقدير قلم الكتاب ، فلا يكون أحدٌ مختصًّا بتقديرها إلّا المحكمة التى أصدرت الحكم ، فإن طلبت فى الدعوى وقدرتها المحكمةُ فيها تَمَّ أمرها ، و إن تُرك طلبها أو تُرك تقديرُها فليس المحكوم له إلاّ أن يلجأ إلى المحكمة التى حكمت له لتقدر له هذا النوع من المصاريف ، بسلطانها الذى منحها إياه القانونُ ، وهو لا يستطيع طلبها فى هذه الحال إلّا بدعوى مستقلة . بل قد يستطيع ذاهبٌ أن يذهبَ إلى جواز تقديرها بأمر إدارىّ من المحكمة التى أصدرت الحكم ، تطبيقاً لظاهر المذكرة التفسيرية ، لولا أن العمل القضائىّ لم يجر على هذا .

وثَمَّتَ شىء جديد يؤيد وجهة نظرى : أن قانون المحاماة الشرعية ، رقم ١٦ سنة ١٩٤١ ، الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٤١ نص فى المادة (٤٣) على أن أتعاب المحامى على موكله يقدرها مجلس النقابة ، وأن التظلم من أمر التقدير ، إذا كانت الأتعاب خاصة بقضية ، يكون " أمام المحكمة التى نظرت الدعوى " . فهذه خصومة فرعية ليست من الدعوى بين الخصمين ، بل هى بين المحامى وموكله ، أعطى القانونُ سلطةَ الفصل فيها أولاً لمجلس النقابة ، ثم إذا لم يرضَ أحد طرفيها بتقدير المجلس ، أعاد الأمر للتقاضى ضرورةً ، ثم لم يجعل سلطة الفصل فيه إلا للمحكمة التى نظرت

الدعوى . فنظر الدعوى الأصلية ملحوظ دائماً فى القوانين عند الخلاف فى الأتعاب والمصاريف ، لأنها أقدر على معرفة ما يناسب القضية التى فصلت فيها ، من مصاريف وأتعاب ، وأجدر أن تقدرها تقديراً سليماً ، سواء أكانت جزئية أم ابتدائية أم استئنافية ، وسواء أكان الطلب تبعاً أم استقلالاً . وإذا كان قانون المحاماة أوجب أن يكون التظلم فى تقدير الأتعاب بين المحامى وموكله أمام المحكمة التى نظرت الدعوى ، ولم يكونا حين نظرها خصمين ، وليس أمر التقدير من مجلس النقابة عملا فى أصل القضية ، فأولى أن يكون من سلطانها واختصاصها أن تنظر الخلاف بين الخصمين الأصليين فى المصاريف والأتعاب، تبعاً للدعوى أو استقلالاً .

أما النقطة الثانية ، فهى فى تقدير حكم الدوائر المجتمعة ، وأنه حكم رافع للخلاف فى المبادىء وحاسم فيه .

ونَعَمْ ، أنا أوافق على هذا ، ولكن على معنى غير الذى يفهم من ظاهر الحكم الاستئنافىّ ، فإن الدوائر المجتمعة بما أعطاها القانون من حق ، إذا قررت مبدأ فقهياً أو قانونيا ، كان قرارُها اجتهاداً راجحاً ، يجوز للمحاكم الأخرى الأخذ به ، بل ينبغى لها ، اتباعاً وتقليداً ، وتوحيداً للمبادىء القضائية بقدر ما فى الوسع ، ولكنه على الرغم من هذا لا يزال رأياً واجتهاداً ، قد يوجد رأىٌ أصحُّ منه ، واجتهادٌ أرجحُ ، ولن يصل إلى درجة النص القانونى فى وجوب الاتّباع .

فالقاضى إذا اختلفت أمامه الآراء والمبادىء فى مسئلة ، واختار أن يأخذ بما قررته الدوائر المجتمعة ، لم يستطع أحد أن يخطئه ، إذِ اتّبع الرأىَ المعمولَ به ، وإذ قلد جهة جُعل رأيُها الأعلى .

أما إذا لم يقنعه هذا الرأىُ المتبَع ، ولم تقم عنده الأدلة على صحته ، وكان ذلك عن اجتهاد وبحث ، لا حبًّا فى الخلاف ، ولا رغبة فى الجدال ، وعرف كيف يقيم حجته ، وكيف يستقل بأدلته ، فما أظن أحداً يوجب عليه أن يخالف ما يعتقد ، ويحكم بما لا يرى ، فى مواطن الاجتهاد .

٢١ — حكم

موعد تفسير الأحكام وتصحيحها المنصوص عليه فى المادة (٣٣٧) يجب أن يكون مبدؤه بالنسبة للمدعى أو للمدعى عليه الحاضر من يوم الشروع فى التنفيذ فعلاً ، وذلك رفعاً للإبهام فى هذه المادة والمادة التى تليها .

الخميس ١٠ شعبان سنة ١٣٥١ — ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢
محكمة المحلة الكبرى الشرعية . . . أحمد محمد شاكر
القضية رقم ١٣٦ سنة ١٩٣٢ — ١٩٣٣

الوقائع

تضمنت الدعوى أن المدعية كانت زوجاً للمدعى عليه ، ورزقت منه بالبنت ... التى فى يدها ، ثم طلقها نظير البراءة ، وفى ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ قرر على نفسه بورقة عرفية مائة قرش شهريا لنفقة وأجرة حضانة ومسكن البنت المذكورة والحمل الذى كان مستكناً فى بطنها منه وقت ذلك ، ولم يبين فى الورقة ما لكل منهما ، وقد انفصل الحمل المذكور ببنت سميت . . . وتوفيت ، وبتاريخ ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٢ صدر حكم هذه المحكمة فى القضية رقم ١٧٣٥ سنة ٣١ — ١٩٣٢ بإبطال ما هو مقرر للحمل المذكور من أول سبتمبر سنة ١٩٣٢ ، بدون بيان مقدار ما أبطل من المقرر المذكور . وطلب وكيلها أخيراً تفسير حكم الإبطال المذكور ، وقسمة المقرر بين الحمل والبنت . . . وأمر المدعى عليه بأداء ما يخص . . . من أول يولية سنة ١٩٣٢ وفرض بدل كسوة لهذه البنت ، وأمر المدعى عليه بالأداء ، لما ذكر بالدعوى ، وقدم الورقه العرفية . ووكيل المدعى عليه صادق على الوقائع المذكورة بالدعوى ، ولم يمانع فى تفسير الحكم و بيان نصيب كل شخص . واتفق الطرفان على أن حكم الإبطال المذكور لم يشرع فى تنفيذه بأىّ طريق من الطرق إلى الآن .

المحكمة

من حيث إن هـذه القضية مهما صُوِّرَتْ لا تخرج عن كونها طلباً لتفسير الحكم السابق ، الذى صدر مبهماً ، لم يبين فيه مقدار النفقة التى حكم ببطلانها لوفاة المفروض له ، وهى البنت . . .

ومن حيث إن هـذا التصوير يدعونا إلى البحث فى ميعاد طلب التفسير المنصوص عليه فى المادتين (٣٣٧ و ٣٣٨) ، فإن المادة (٣٣٧) حددت له ثلاثة أيام من يوم العلم بالتنفيذ ، والمادة التى تلتها أحالت العلم بالتنفيذ على الفصل المختص بالمعارضة ، أى على المادة (٢٩٢) ، التى تنص على أن المحكوم عليه يعتبر عالماً بالتنفيذ بمجرد إعلانه بالصورة التنفيذية .

وهذه الإحالة لا نراها كافية لبيان موعد تقديم طلب التصحيح أو التفسير ، بل هى مبهمة أشد الإبهام ، لأن طالب التفسير قد يكون المحكوم عليه الغائب ، وهذا أمامه المعارضة ، ومجالها أوسع ، ومع ذلك فإن الموعد صالح له ، إذ أنه هو الذى يعلن بالصورة التنفيذية من الحكم . وقد يكون طالب التفسير المحكومَ عليه الحاضر ، وقد يكون المحكوم له ، وهذان بطبيعة التقاضى و بنصوص القانون لايعلن واحد منهما بالصورة التنفيذية : المحكوم له ، لأنه الذى صدر الحكم لصالحه ، وهو الذى يجب عليه إعلان خصمه به ، والمحكوم عليه الحاضر ، لأن حضوره يجعله عالماً بالحكم ، ولذلك يبدأ حقه فى الاستئناف من يوم صدور الحكم ، وليس من الإنصاف للخصمين ، بل ولا للقاضى ، أن يكون موعد طلب التصحيح من المحكوم له أو من المحكوم عليه الحاضر ثلاثة أيام من يوم النطق بالحكم ، لأن فى هـذا إحراجاً لهما وللقاضى ، وهو عرضة للخطأ والسهو ، والثلاثة الأيام لا تكفى أحداً من الخصمين للاطلاع على الحكم وتبين ما فيه من خطأ أو إبهام ، وهو لا يزال فى يد القاضى لتلخيصه ، ثم فى يد قلم الكتاب لتسجيله .

ولذلك نرى أنه غير معقول أن يكون المراد بهذا الميعاد الثلاثة الأيام التالية للنطق بالحكم ، ونعتقد أن واضع القانون تأثر إلى حد بعيد بما يعلم من قوانين المحاكم الأهلية ، من أن جميع الأحكام تعلن للخصم ، سواء أكانت غيابية أم حضورية ، وأن مواعيد الاستئناف فيها تبدأ من يوم الإعلان فى الحالين ، فظن أن الحال فى المحاكم الشرعية كمثلها فى المحاكم الأهلية ، فحدد موعداً لطلب التصحيح أو التفسير ، وجعل بدأه يوم العلم بالتنفيذ ، وهو الإعلان ، فى حين أن لا إعلان فى الأحكام الحضورية عندنا .

والواقع أن طلب التفسير أو التصحيح إنما مناطه التنفيذ ، وهو يكاد يكون نوعاً من الإشكال ، ولذلك جاء حكمه فى قانون المرافعات لدى المحاكم الأهلية فى المادة (٣٨٧) ، عقب المادة التى فيها الكلام على الإشكال فى التنفيذ . وقد فهم شراحه أن طلب التفسير نوع من الإشكال ، قال المرحوم الأستاذ أبو هيف فى كتاب طرق التنفيذ ، الطبعة الثانية (فقرة ١٩٦) بعد أن لخص المادتين (٣٨٦ و٣٨٧) : « فهل يفهم من هذين النصين وجود إشكالات تتعلق بالإجراءات الوقتية ، وأخرى تتعلق بأصل الدعوى ، وثالثة تتعلق بتفسير الحكم ؟ ! وما معنى كل لفظ من هذه الألفاظ ؟ » . ثم قال فى آخر الفقرة (١٩٨) : « وفسروا الإشكالات المتعلقة بأصل الدعوى بأنها التى تؤدى إلى المساس بالحكم نفسه ، على اعتبار أنه غير قويم ، أو غامض ، أو مبهم ، ونحو ذلك » . وقال فى الفقرة (٢١٣) : « قد نص القانون فى مادة (٣٨٧) على أن للخصوم أن يطلبوا تفسير الحكم مباشرة من المحكمة التى أصدرته ، والغرض من ذلك أن لهم الحق فى طلب التفسير ، بغير انتظار لتقديم الإشكال وقت التنفيذ ، بل يجوز قبول هذا الطلب من قبل التنفيذ ، متى رفع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم ، سواء فى ذلك أكان الحكم ابتدائياً أم انتهائياً ، لأن قبوله وعدمه، إذا كان غير نهائى ، موقوفان على فهم ما قد حكم به ، ولا يكون ذلك إلا بالتفسير » — ٢١٤ — « وإذا كان الغرض من طلب التفسير هو الاحتياط

للتنفيذ ، حتى لا يحصل إلاّ على الشكل المقضىّ به ، فقد حكمت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه لا يجوز لها أن تنظر فى طلب تفسير حكم صدر منها بعد تمام تنفيذه . وهذا المبدأ صحيح ، لأنه لو كان هناك غموض أو إبهام لكان يجب على المدين الاستشكال وطلب منع التنفيذ ، حتى يفسر الحكم من المحكمة التى أصدرته ، ولأن تنفيذ الحكم بالرضاء يستفاد منه قبوله ، ومع ذلك فإذا حصل التنفيذ الجبرى بغير رضاء المدين وعلى عكس المعنى الذى يفهمه من الحكم ، فله أن يرفع دعوى يطالب فيها بتعويض الضرر الناشىء عن ذلك التنفيذ ، وحينئذ توقف هذه الدعوى حتى تفصل المحكمة التى أصدرت الحكم فى تفسير حكمها » .

فكل هذا يؤيد نظرنا ورأينا ، فى أن الأصل فى طلب التفسير إنما يكون مناطه وقت التنفيذ ، لأنه يقف فى سبيله عند الخطأ فى الحكم أو الإبهام فيه ، وإن كان هو فى الحقيقة نوعاً من أنواع الطعن فى الحكم ، ولذلك نرى المتشرع المصرى وضعه أولاً فى قانون المحاكم الأهلية مع الإشكال ، وجعله نوعاً منه ، بل وجعل لمن نُفذ عليه الحكم جبراً أن يعود على المحكوم له بالتعويض ، وأن يرجع للمحكمة للتفسير ، لمّا رأى المتشرع المصرى هذا وغيره ، جاء عند وضع لائحة المحاكم الشرعية ، وأراد أن يرجع للنظرية الصحيحة ، فى اعتبار طلب التفسير نوعاً من أنواع الطعن فى الحكم ، و إن كان مناطه التنفيذ فى الواقع ، وجعل له فصلاً خاصا ، هو الفصل الرابع من باب (طرق الطعن فى الأحكام) ، وحدد ثلاثة أيام يسوغ فيها للخصوم مباشرةً أن يطلبوا تصحيح الحكم أو تفسيره ، ثم جعل هذه الأيام الثلاثة تبدأ من يوم العلم بالتنفيذ، حتى يكون لكل من الخصمين مهلة ينظر فيها إن كان الحكم وافياً وصالحاً لتنفيذه أو لا ، وحتى يتفادى بقاء الأحكام مُعلَّقةً أمداً غير معروف، عرضةً للطعن فيها بطلب التصحيح أو التفسير ، ثم لا يكون بعد ذلك من يقصر فى حقه إلاّ جانياً على نفسه بتقصيره . فإذا كان الحكم غيابيا فإن الموعد يبدأ من يوم الإعلان بالصورة التنفيذية منه ، وهو واضح ، وأما إن كان حضوريا فإنه يجب رفع الإبهام الذى فى المادتين

(٣٣٧ و ٣٣٨) على ضوء الأبحاث السابقة ، بجمل المراد من العلم بالتنفيذ فى الحكم الحضورىّ نفس الشروع فى التنفيذ، بأىّ طريق من طرقه ، لأنه إذا لم يعلن المحكوم عليه بالصورة التنفيذية فلا يسمى فى الحقيقة عالماً بالتنفيذ ، ولا ينطبق عليه نص المادة (٢٩٢) ، لأنه لم يعلن فعلاً ، وعلمه بمنطوق الحكم وقت صدوره غيرُ العلم بتنفيذه .

ومن حيث إن الحكم المطلوب تفسيره صدر فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٢ حضوريا ، وهذه الدعوى قدمت فى أول نوفبر سنة ١٩٣٢ ، ولم يشرع المحكوم له فى التنفيذ ، فيكون طلب التفسير مقبولاً شكلاً .

ومن حيث إن الحكم صدر مبهماً بإبطال مافرضه المدعى عليه على نفسه لبنته. . . التى كانت حملاً وماتت بعد الولادة ، من غير بيان نصيبها فى المفروض لها ولأختها من نفقـة وحضانة ومسكن .

ومن حيث إن الطرفين متصادقان فى الورقة العرفية على أن البنت . . . كان عمرها أربع سنوات تقريباً وقت الفرض ، وهو ١٩ مايو سنة ٩٣٢ ، وأن البنت. . . كانت حملاً فى ذلك الوقت ، فنرى أن يُفَسَّر الحكم بأن نصيبها الذى حكم بإبطاله هو ما سـيأتى .

ومن حيث إنها طلبت أمر المدعى عليه بأداء ما فرضه على نفسه لنفقة بنتها . . . وأجر حضانتها ومسكنها بالورقة المذكورة بعد بيانه ، من أول يوليه سنة ١٩٣٢ .

ومن حيث إنهـا طلبت فرض بدل كسوة للبنت المذكورة ، لأنه لم تفرض لها كسوة ، ولم يعارض المدعى عليه فى ذلك .

فلهـــذا

حكمنا بتفسير الحكم ، إلى آخره .

٢٢ — حكم

الفصلان الأول والثاني من باب الإعلانات في اللائحة غير محررين، فيهما تكرار واضطراب وإبهام.
لا يبطل الإعلان إذا خولفت المادة (٥٢) فكان موعد الحضور بين الإعلان وبين الجلسة أقل من ثلاثة أيام.

الاثنين ٢٢ ربيع الأول سنة ١٣٦٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩٤١
محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر
القضية رقم ٧٥٠ سنة ١٩٤٠ — ١٩٤١

الوقائع

حكم للمعارض ضدها بتاريخ ٣ مارس سنة ١٩٤٠ بمائة وخمسين قرشاً صاغاً لنفقتها بأنواعها على زوجها المعارض غيابيًا، فعارض المحكوم عليه دافعاً ببطلان الإجراءات، حيث إنه أعلن في الدعوى المعارض في حكمها في ٢ فبراير سنة ١٩٤١ لجلسة ٣ منه. واستند إلى المادة (٥٢) من اللائحة الموجبة أن يكون ميعاد التكليف بالحضور في القضايا الجزئية ثلاثة أيام غير يوم التسليم وغير يوم الحضور. وردَّ على ذلك وكيل المعارض ضدها بأن المقصود من هذا الميعاد هو المدة بين تقديم الدعوى لقلم الكتاب وتاريخ الجلسة، بدليل ذيل المادة المذكورة، وهو جواز تنقيص الميعاد بإذن من القاضي. وطلب من وكيل المعارض الكلام في الموضوع، فقال: إن المفروض على موكله كثير، وله زوجة أخرى لم يشر إليها في إجراءات الحكم الغيابيّ المعارض فيه، وقدم وثيقة زواج موكله بأخرى، وبين حال موكله، وأنه يعول غيره من أقاربه. وطلب وكيل المعارض ضدها رفض المعارضة.

المحكمة

من حيث إن الثلاثة الأيام فى القضايا الجزئية فى المادة (٥٢) إنما هى ميعاد الحضور كنص المادة ، فهى مهلة تعطى للمعلن إليه بين إخباره بالدعوى بإعلانه بها و بين حضوره إلى المحكمة فى الموعد الذى دُعِىَ فيه ، فلا وجه لتأويل وكيل المعارض ضدها التأويل البعيد ، بأن ذلك الموعد يحتسب من وقت تقديم الدعوى إلى قلم الكتاب .

ومن حيث إن الثابت فى إعلان الدعوى المعارض فيها أن المعارض أعلن بها فى يوم الأحد ٢ فبراير سنة ١٩٤١ لجلسة اليوم التالى وهو ٣ فبراير ، وهذا العمل مخالفة صريحة للمادة (٥٢) . وموضع البحث : هل هذه المخالفة تبطل إجراءات القضية ، أو ليس لها أثر بالإبطال ؟

ومن حيث إن المطلع على القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ يرى أن الفصلين الأول والثانى من الباب الأول فى الإعلانات ، وفيهما المواد من (٣٢) إلى (٥٧) ، كُتِبَا فى وضع القانون كتابةً غيرَ محرَّرة ، فيها تكرارٌ ، وفيها اضطرابٌ ، وفيها إبهامٌ ، فنرى مثلاً المادة (٣٢) تشترك فى بعض المعنى مع المادة (٤٨) ، وكذلك المادتان (٣٥ و ٥٠) ، وكذلك المادتان (٤٤ و ٥٦) ، ونرى أحكاماً وُضعت للإعلانات فى المواد من (٣٤) إلى (٤٤) ، ثم نرى المادة (٤٧) تنص على أنه إذا لم تُرَاعَ الأحكام التى فى بعض المواد كان الإعلان ملغًى ، وأنه لا يكون ملغًى إذا كانت المخالفة ممن تولى الإعلان ، ثم تترك باقى الأحكام لا تنص على أثر مخالفتها فى بطلان الإجراءات وصحتها ، ثم نرى أحكاماً تُكرَّر ، وأحكاماً تُوضع بعد ذلك للإعلان فى المواد من (٤٨) إلى (٥٧) ، ولا ينص فى القانون على أثر لمخالفتها .

ومن حيث إن القاضى فى قضائه لا يستطيع أن يخالف القانون ، ولا أن يغير أحكامه و إن اضطربت ، لأن التغيير من شأن سلطة أخرى غير سلطة القضاء ،

و إنما يجب عليه الاجتهاد فى التطبيق ، وأن يحاول الجمع بين المتناقضات ، بما يوفقه الله إليه من رأى ، وأن ينظر إلى روح التشريع وحكمته ، ليستضىء بنورها ، ليصل إلى غرض واضع القانون ، عند تعذر النص الصريح .

ومن حيث إن القانون لو لم ينص على بطلان الإعلان عند مخالفة الأحكام التى وضعت له ، لكان المفهوم منه أن كل مخالفة توجب بطلان الإعلان ، ولكان فى ذلك حرج شديد على الناس ، لأن بعض أحكامها أشياء شكلية ، لا أثر لها فى صحة الإعلان و بطلانه .

ومن حيث إن وضع المادة (٤٧) ، بالنص على إلغاء الإعلان فى مخالفات معينة ، يدل على أن واضع القانون يحصر الإلغاء فى هذه المخالفات ، ويدع للقاضى فيما عداها أن يحافظ على حق المعلن إليه ، إذا تقدم إليه فى الدعوى أو فى المعارضة فيها أو فى استئناف حكمها ، فيمكنه بكل الطرق القانونية من الدفاع عن نفسه ، و إبداء ما يعن له من نقد على الأدلة المقدمة ضده ، أو يكلف المدعى بإعادة الإعلان ، إن رأى فى الإعلان شبهة تلاعب أو تصنع .

ومن حيث إن الحكمة فى تحديد ميعاد الحضور واضحة ، وهى إعطاء المدعى عليه مهلة يستطيع فيها أن ينظر فى أمره ، و يرتب دفاعه وجوابه .

ومن حيث إن المعارض قدم معارضته فى ١٧ مارس سنة ١٩٤١ ، ودافع عن نفسه وتمسك بوجهة نظره ، فقد استوفى حق الدفاع ، فلم يضار بشىء من وقوع مخالفة فى إعلانه بأصل الدعوى للمادة (٥٢) ، ثم تمكن أيضاً من الكلام فى الموضوع ، ودافع فيه وكيله عنه .

ومن حيث إنه فوق هذا كله فإن المخالفة لأحكام المادة (٥٢) فى هذا الإعلان لم تقع من المدعية (المعارض ضدها) ، و إنما وقعت ممن تولى الإعلان ، وهو المحضر ، فإنه كان من الواجب عليه أن يلاحظ تطبيق القانون ، فيعيد الإعلان للمحكمة

بدون تنفيذ ، و يطلب تحديد جلسة أخرى ، وهذه مخالفة إدارية ، يحق للمعارض أن يتقدم فيها بالشكوى إلى رئيسه للنظر فى شأنه .

ومن حيث إن الحكم المعارض فيه صحيح فى أصل الفرض ، ولم يطلب المعارض إلاَّ تخفيضه ، وقد أبان عن حاله بتقديم وثيقة زواجه بأخرى ، فيكون المفروض بالحكم المعارض فيه كثيراً و يجب تخفيضه ، ونرى أن يكون المناسب ما يأتى .

لذلك

قررنا قبول المعارضة شكلا ، و رفض الدفع ببطلان الإجراءات ، وتخفيض المفروض للمعارض ضدها بجعله مائة وعشرين قرشاً شهرياً ، بدلاً من المفروض بالحكم المعارض فيه ، وأمرناها بعدم التعرض للمعارض فيما زاد عن ذلك ، و رفض المعارضة وتأييد الحكم فيما عدا ذلك حضورياً .

٢٣ — حكم

العلم الحقيق بالتنفيذ أقوى من العلم الاعتبارى ، فلا تقبل المعارضة ممن حجز على مرتبه أو على ملكه بالحكم الغيابى ، بعد أكثر من ثلاثة أيام من يوم التنفيذ ، وإن لم يعلن بالصورة التنفيذية .

السبت ١٠ ربيع الأول سنة ١٣٦٠ — ٢٩ مارس سنة ١٩٤١

محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر

القضية رقم ٢٠٧٢ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠

الوقائع

حكم للمعارض ضدها على المعارض غيابياً بنفقة ، فعارض فى الحكم ، ودفع بعدم الاختصاص ، لأنه ليس لأحدهما إقامة بدائرة اختصاص هذه المحكمة . والمعارض ضدها طلبت عدم قبول المعارضة شكلاً ، لأن المعارض علم بالحكم فى أوائل ديسمبر سنة ١٩٤٠ ، وتحرت المحكمة من مصلحة الأموال المقررة ، فورد خطابها المؤرخ ٢٩ مارس سنة ١٩٤١ ، تضمن أن المعارض تسلم صورة الحكم فى ١١ مارس سنة ١٩٤١ ، ولكن الحجز بالحكم وقع على مرتبه ابتداء من مرتب شهر ديسمبر ١٩٤٠ الذى يصرف فى أول يناير سنة ١٩٤١ ، ونوقش المعارض شخصيا ، فقرر أنه قبض مرتبه فى أول يناير سنة ١٩٤١ ناقصاً ، وأنه لم يعلم سبب النقص ، ولم يبحث عنه ، الى آخر أقواله .

المحكمة

من حيث إن المعارضة قدمت فى ١٣ يناير سنة ١٩٤١ .

ومن حيث إنه ثبت من خطاب التحرى أن المعارض قبض مرتبه فى أول يناير سنة ١٩٤١ ناقصاً الجزء المحجوز منه بمقتضى الحكم المعارض فيه ، وثبت ذلك من أقواله أيضاً .

ومن حيث إن ادعاءه أنه لم يعرف سبب نقص مرتبه و لم يبحث عنه ادعاء غير معقول ، خصوصاً مع إقراره أنه قبض المرتب على الاستمارة الخاصة بمرتبات الموظفين، وفيها خانة خاصة بما يخصم من النفقات ، وقد زعم حين سئل عن ذلك أنه لم يطلع على الاستمارة ، بل وقع عليها فقط .

ومن حيث إن المواد (٢٩١ و ٢٩٢ و ٢٩٣) فيها شيء من الإبهام في التعبير ، ولكن الراجح عندنا في معناها : أن المعارضة تقبل من المحكوم عليه غيابيا إلى الوقت الذي يعلم فيه بالتنفيذ ، أو يعتبر عالماً بالتنفيذ ، وأن ذلك هو مبدأ الثلاثة الأيام التي يجوز فيها تقديم المعارضة ، فهناك علم حقيقي بالتنفيذ ، وعلم اعتباري ، ومن كل منهما يبدأ موعد المعارضة ، فالعلم الاعتباري هو العلم الذي يصل للمحكوم عليه من إعلانه بالصورة التنفيذية ، لأنه لا تنفيذ في هذا الإعلان ، والعلم الحقيقي هو الذي يصل إليه من التنفيذ الفعلي ، ومن المفهوم بداهة أن العلم الحقيقي أقوى من الاعتباري ، فإن من قبض مرتبه ناقصاً ، أو من جاءه المنوط به التنفيذ لحجز على ملكه بالحكم المنفذ ، أو من أعلن إعلاناً صحيحاً بدعوى حبس ، أو نحو ذلك ، لا يعقل أن يقال فيه أنه لم يعلم بتنفيذ الحكم ، وأنه ينتظر فيه اتخاذ إجراء شكلي هو الإعلان بالصورة التنفيذية حتى يعتبر عالماً بالتنفيذ ، وهو عالم به فعلاً قبل هذا الاعتبار .

ومن حيث إنه بذلك تكون المعارضة بعد الميعاد .

لذلك

قررنا عدم قبول المعارضة شكلاً حضوريا .

٢٤ — حكم

الحضور فى القضايا أمر مادىّ خارجىّ ، فالمدعى عليه إذا حضر هو أو وكيله بالجلسة ، واعترض على إثبات حضوره بالمحضر ، لانتظار قضية أخرى ، وبقى فى الجلسة حتى انتهت المرافعة وأجلت القضية لصدور القرار ، كان الحكم حضورياً ، فليس له بعد ذلك أن يطعن فيه بطريق المعارضة .

الاثنين أول ذى الحجة سنة ١٣٥٩ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٠
محكمة الأزبكية الشرعية . . . أحمد محمد شاكر
القضية رقم ١٩٧٦ سنة ١٩٣٩ — ١٩٤٠

الوقائع

صدر للمعارض ضده على المعارضة حكم بالطاعة فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٠ حضوريًّا ، فعارضت فيه فى ١٠ منه ، وبَنى وكيلُها المعارضةَ على أن حضوره بجلسة ٣٠ أكتوبر لم يكن مقصوداً له ، وإنما أثبت كاتبُ الجلسة حضورَه . فقال : إنه غير حاضر فيها ، وأن المحكمة كلفته الاطلاع على محضر المعاينة الذى بُنى عليه الحكم ، فقرر الانسحابَ من القضية ، وأن المحكمة أثبتت ذلك بالمحضرَ ثم كلفته الإطلاعَ على المعاينة فامتنع ، وأن الحكم بالصفة التى صدر بها صدر الحقيقة غيابياً ، لأن وصفَ الحكم فى منطوقه بأنه حضورىّ أوغيابىّ لايؤثر فى حق من تعلق حقُّه بما حصل فعلاً وثبت فى المحضر . ووكيل المعارض ضده طلب عدم قبول المعارضة ، لأن الحكم حضورىّ ، فإن الأدلة قُدِّمت فى مواجهة وكيلها ، وأُجلت القضية لصدور القرار ، فيكون القرار الصادر فيها حضورياً ، سواء حضر الخصمان أم لا . وقرر وكيلها أن حضوره الذى أُثبت بجلسة ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ لايعتبر حضوراً فى القضية ، لأنه كان حاضراً فى قضية أخرى للنفقة بين الخصمين ، إلى آخر ماقال .

المحكمة

من حيث إن الثابت بمحاضر القضية المعارض فيها أن وكيل المعارضة حضر بجلسة ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ وقال أنه غير حاضر فى هذه القضية ، فكلفته المحكمة الاطلاع على محضر المعاينة و إبداء ملاحظاته ، وقدم مذكرةً تضمنت أنه لايدرى ما تم فى المعاينة بعد انصرافه فى الساعة الواحدة ، وأن المحكمة مكنته أيضاً من الاطلاع على المعاينة فامتنع .

ومن حيث إن الحضور والغياب أمرانِ ماديّان ، ولهما وجود خارجىّ مشاهَدٌ ، وليس شىء منهما أمراً اعتبارياً ، حتى يكون لوكيل المدعية تأوُّل حضوره المادىّ بالجلسة بأن معناه عدم الحضور لقوله أنه غير حاضر فيها ، وقد قدم مذكرة فضلاً باعتراضه على الصفة التى تمت بها معاينة المسكن ، وكاتب الجلسه يجب عليه أن يثبت فى محضر القضية ما يرى وما يسمع ، مما له علاقة بالقضية ، وقد حضر وكيل المعارض ضدها ، وهو يقصد كما يقول إلى الحضور فى قضية النفقة التى بين الخصمين فى الجلسة نفسها ، واعترض على إثبات حضوره فى قضية الطاعة ، ولكن حضوره واقعٌ فعلا ، وثابت مادياً ، باعتراضه على إثباته فى المحضر ، و بتقديمه مذكرة بأسباب طعنه فى كيفية المعاينة . وأما قوله أنه قرر الانسحاب فهذا شىء لم يذكر فى محضر القضية ، ولو ذكر لم يكن له أثر ، لأنه لا ينفى ما حصل من حضوره وتكليفه الاطلاع على المعاينة وامتناعه ، ثم أجلت القضية لصدور القرار .

ومن حيث إنه بذلك تكون الأدلة كلها مقدمةً فى حضور المعارِضة ، فيكون الحكم صدر حضورياً ، لا يقبل الطعن بالمعارَضة .

لذلك

قررنا عدم قبول المعارضة حضورياً .

فهـــرس الأحكام

صفحة	رقم الحكم	
٧٤—٧٧	٨	فى اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، وفى وجوب نفقة العدة للذمية على الذمى .

اختصاص المجالس الملية المعترف بها إذن من ولى الأمر بنظر القضايا ، ولكنه لا يمنع اختصاص المحاكم الشرعية ، . وهى ذات الاختصاص العام فى الأحوال الشخصية ، لأن المنع من السماع لا يكون إلا بنص صريح — المنشورات الوزارية لا تحد من اختصاص المحاكم ، ولا تكون فى هذا تفسيراً للائحة — المجالس التى لم يصدر قانون باعتمادها ليست لها صفة قضائية ، وتنفيذ الداخلية أحكامها خطأ ، ولا يمنحها الإذن المشترط من ولى الأمر — الخطأ لا يثبت حقا ، ولا ينزع حقا ، ولا ينتج منه صواب ، ولا يصحح عملا باطلا — نفقة العدة واجبة للذمية على الذمى بعد الطلاق .

٧٨—٨٠	٩	فى إشكال فى تنفيذ قرار من مجلس ملىّ .

عموم سلطة المحاكم الشرعية فى الأحوال الشخصية يعطيها الحق الكامل فى إعادة النظر فى كل قرار يصدر من المجالس الملية ، ولها من باب أولى أن تنظر فى كل الاشكالات المتعلقة بتنفيذ هذه القرارات .

٨١—٨٩	١٠	فى سماع دعوى الزوجية بناء على الاعتراف فى محضر رسمى وأن هذا يعتبر توثيقاً رسميا .

الانكار بعد الاقرار باطل لا يعول عليه ، ولا يمنع سماع دعوى الزوجية — الاقرار فى محاضر رسمية بالتوقيع على عقد زواج عرفى لا يؤثر فيه الانكار بعده ، بل يعتبر الاقرار الرسمى توثيقاً يكفى فى سماع الدعوى — شهادة الميلاد الرسمية هى التى تصدر عن مصلحة الصحة العمومية ، والشهادات من الجهات الأجنبية أو الدينية للمولودين بالقطر المصرى فليست لها قيمة الشهادات الرسمية إلا إذا قيد تاريخ الميلاد رسمياً بسجلات مصلحة الصحة — يكتفى فى تقدير سن أحد الزوجين ، إذا كان ساقط القيد ، بشهادة طبيب واحد .

صفحة   رقم الحكم

١٣٤—١٤٢ ١٩ فى الإشكال فى التنفيذ بحكم فى وقف

بيان معنى « أصل الدعوى » ومعنى « الاجراءات الوقتيـة » فى المـادة (٣٥١) — المحاكم الجزئيـة تفصل فى الاشـكال المتعلق بالاجراءات الوقتيـة وإن تعرضت فى بحثها إلى مسائل ليست فى اختصاصها الأصلى المنصوص عليه فى المـادتين (٥ و٦) ، لأن هذا اختصاص خاص بنوع معين خارج عن هاتين المـادتين — الأمر بأداء الزيادة فى النفقة أمر أيضاً بأداء الأصل ، وإلا بطل وصف المفروض بأنه « زيادة » — ما يشـتريه متولى الوقف من الريع للاستغلال أو لغيره من مصالح الوقف لا يكون وقفاً ولا يلحق به ، على القول المختار .

١٤٣—١٤٩ ٢٠ فى اختصاص المحاكم الجزئيـة بقضايا الأتعاب ، خلافاً لرأى الدوائر المجتمعة

المبادئ التى تقررها المحـكمة العليا الشرعية بهيئة (دوائر مجتمعة) طبقاً للمادة (٣٢٨) ليست فى قوة القانون ولا ملحقة به ، فلا يجب على غيرها من المحاكم الجزئية أو الابتدائية التقيد بها إذا لم توافق رأيها ، وإنما هى اجتهاد محترم فى مواضع النظر ، يوجد بعـده اجتهاد أرجح منه وأقوى دليلاً — لا يجوز للقاضى أن يحكم بغير ما يعتقده حقاً ، فلا يجوز له أن يتقيـد فى قضائه برأى غيره . وهذا هو الأثر الصحيح لاستقلال القضاء — تختص المحاكم الجزئية الشرعية بالحـكم بالمصاريف والأتعاب فى القضايا التى فصلت فيها ، ولو كان طلبها فى دعوى مستقلة ، طبقاً لعموم المـادة (٢٨١) ، وهذا اختصاص خاص بالنص ، غير اختصاصها المذكور فى المادتين (٥و٦) .

١٥٠—١٥٥ تعليـــق

إلغـاء هذا الحـكم فى الاسـتئناف ، والأسباب التى بنى عليها .

القــــوانين ونحوهــا

إستدراك :

تابع ص١٥٦ من الكتاب

الحكم فى القضية ٦٦٦ سنه ٤٠ — ٤١ من محكمة الأزبكية . باختصاص المحاكم الجزئية بالحكم بالمصاريف والأتعاب المشار إليه فى ص ١٥٦ من هذا الكتاب قد استؤنف أمام محكمة مصر الإبتدائية الشرعية ونظر بالدائره الثالثه . برئاسة الشيخ محمد إبراهيم سالم وعضوية الشيخ محمود الغراب والشيخ أحمد مصطفى وهو برقم ٢٤٠٢ سنه ٤٠ — ٤١ فى ١٨ سبتمبر سنه ١٩٤١ وتقرر تأييده للأسباب الآتية :

ومن حيث أن محكمة أول درجة بنت القرار المستأنف على ماجاء بالفقرة الأولى من المادة ٢٨١ من القانون رقم ٧٨ سنه ٣١ التى نصها (ويحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها) ومن حيث أن هذه المادة جعلت للحكمة التى تحكم فى أصل الدعوى اختصاصاً بالحكم بمصاريفها على الخصم المحكوم عليه فيها حتى ولو كانت محكمة جزئية سواء أكان طلب الحكم . بهذه المصاريف مع طلب الحكم فى موضوع الدعوى أم كان طلبا مستقلا بدعوى خاصة ترفع بعد الحكم فى الدعوى المطلوب مصاريف عنها وبذلك تكون المادة المذكورة قد أضافت اختصاصاً جديداً للمحاكم الجزئية بالفصل فى مصاريف الدعاوى التى حكمت فى موضوعها وهو اختصاص عام يشمل الحكم بها مع الحكم فى الموضوع أو فى دعوى مستقلة لأن النص مطلق لا قيمة فيه وعام ليس له مخصص ، للأسباب التى ذكرتها المحكمة الجزئية والتى تأخذ بها هذه المحكمة فيما يتعلق فقط باثبات الحق لها فى نظر الدعوى .
(أقول أنا أحمد محمد شاكر :

يريد الحكم الإستئنافى بالأسباب التى فى الحكم الجزئى نص الأسباب المنشورة فى الكتاب فى الحكم رقم ٢٠ ص ١٤٣ — ١٤٩ مضاف إليها الرّد على الغائه المنشور فى ص ١٥٦ — ١٥٧) — وإن كانت ليست مختصة وحدها بالفصل فيها .. ومن حيث أن هذا الإختصاص من لاينفى ماللمحاكم الإبتدائية من الإختصاص بنظر هذا الموضوع أيضاً بما لها من الإختصاص العام بالفصل فى جميع المواد الشرعية طبقاً للمادة الثامنة من اللائحة .

وعلى ذلك فان للمحاكم الجزئية اختصاصاً طبقاً للمادة ٢٨١ كما أن للمحاكم الإبتدائية اختصاصاً أيضاً بعموم نص المادة الثامنة .

* والمدعى مخير بين رفع الدعوى استقلالاً بالمصاريف أمام المحكمة الجزئية التى حكمت فى الدعوى أو أمام المحكمة الإبتدائية .

ومن حيث أنه بناء على ذلك يكون القرار المستأنف صحيحاً فيما تضمنه من رفض الدفع بعدم الإختصاص لأن لمحكمة أول درجة اختصاصاً بنظر الدعوى ويتعين تأييده ورفض الإستئناف .

---

* وجد هذا الاستدراك بخط المؤلف من نسخته الخاصة .

* ***اطلبوا من مكتبة ابن تيمية***

☐ **من مؤلفات وتحقيقات العلاَّمة المحدث أحمد محمد شاكر**

- ***جماع العلم للشافعى*** تعليق وتحقيق

من أنفس مؤلفات الشافعى ، وأعلاها بلاغة ، وأقواها احتجاجاً فى مسائل الإجماع والقياس

- ***أوائل الشهور العربية***

بحث جديد علمى حر ، فى جواز إثبات أوائل الشهور بالحساب الفلكى

- ***أبحاث فى أحكام***

كتاب القاضى والمحامى وكل صاحب دعوى فى المحكمتين الشرعية والأهلية

يبحث فى مشاكل إجتماعية تثير اهتمام كثير من الأدباء والباحثين ودعاة الإصلاح

طبعة جديدة تحتوى على استدراكات بقلم المؤلف

- ***الخراج : ليحيى بن آدم القرشي*** « المتوفى سنة ٢٠٣ هـ »

تصحيح وتحقيق وتعليق

طبعة جديدة تحتوى على فهارس للأحاديث المرفوعة بالإضافة إلى الفهارس الأخرى المتنوعة التى كتبها الشيخ شاكر رحمه الله

- ***ألفية السيوطي فى علم الحديث***

شرح وتحقيق

طبعة جديدة مصححة ومُعتنى بإخراجها إخراجاً جيداً

- ***صحيح ابن حبان بترتيب*** الأمير علاء الدين الفاسى

الجزء الأول

تحقيق وتعليق ويحتوى على مقدمة هامة

□ ***روضة الزاهدين***

للشيخ عبد الملك على الكليب

فيه أقوال وآثار من مواعظ ووصايا السلف

فى الزهد فى الدنيا وذمها والاجتهاد فى العبادة وذكر

الموت وغير ذلك اختصرها المؤلف من

كتاب الحلية لأبى نعيم الأصبهانى

□ ***المرأة المسلمة***

للشيخ أبى بكر الجزائرى

□ ***تطهير الجنان والأركان عن درن الشرك والكفران***

للشيخ أحمد بن حجر آل بوطامى قاضى المحكمة الشرعية بقطر

□ ***مصطلح الحديث***

للشيخ محمد بن صالح بن عثيمين

□ ***التدخين مادته وحكمه فى الإسلام***

للشيخ عبد الله بن عبد الرحمن بن جبرين

د□ من مؤلفات الشيخ عبد الله بن جار الله إبراهيم الجار الله

- ***مسئولية المرأة المسلمة***
- ***زاد المسلم اليومى***

□ ***الإسلام دين كامل***

للشيخ الشنقيطى

التحقيق والإيضاح لكثير من مسائل الحج والعمرة والزيارة

للشيخ عبد العزيز بن باز

□ من مؤلفات الشيخ صالح بن إبراهيم البليهى

● **عقيدة المسلمين** جزءان

وهو كتاب شامل فى العقيدة على مذهب أهل السنة والجماعة وفيه الرد على المخالفين من الفرق الضالة

● **السلسبيل فى معرفة الدليل**

حاشية على زاد المستقنع

ثلاثة أجزاء

كتاب فقه مفيد لطالب العلم بما فيه من كثرة الفوائد بإيراد الأدلة من الكتاب والسنة وأقوال العلماء وترجيح الراجح . لا يستغنى طالب العلم عنه

● **يافتاةَ الإسلام إقرائى حَتى لا تُخدَعي**

كتاب هام للمرأة المسلمة يبحث فى كل الموضوعات التى تتعلق بالمرأة المسلمة فى الحجاب والسفور والاختلاط وأحكام النساء ونصائح ومواعظ وإرشادات وتوجيهات فهو بحق موسوعة للمرأة المسلمة .

□ **السنن والمبتدعات**

المتعلقة بالأذكار والصلوات

ويليه رسالة فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر

للشيخ محمد عبد السلام الشقيرى

رحمه الله .

دار السنة المحمدية للطباعة
٢٤٥ شارع الحجاز - مصر الجديدة
تليفون ٢٤٤٥٦٤٨ القاهرة